UNIVERSITÉ D'ALGER
FACULTÉ DE DROIT
ANNÉE 1941 — N° 3

ESSAI
SUR LES JURIDICTIONS FRANÇAISES DES CONFLITS DU TRAVAIL ET LEUR INSTITUTION EN TUNISIE

THÈSE
POUR LE DOCTORAT EN DROIT
présentée et soutenue publiquement le 3 Juillet 1941
par

MAÏER DE TERGOULE Léon
né à Lyon (Rhône), le 4 novembre 1912

MEMBRES DU JURY :

MM. RODIÈRE, Professeur de Droit Civil..... *Président*
VIARD, Professeur de Législation Algérienne.... } *Suffragants*
RAY, Chargé de Cours..... }

TUNIS
IMPRIMERIE J. ALOCCIO, 6, RUE D'ITALIE
1941

UNIVERSITÉ D'ALGER
FACULTÉ DE DROIT
ANNÉE 1941 — N° 3

ESSAI

SUR LES JURIDICTIONS FRANÇAISES DES CONFLITS DU TRAVAIL ET LEUR INSTITUTION EN TUNISIE

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

THÈSE

POUR LE DOCTORAT EN DROIT

présentée et soutenue publiquement le 3 Juillet 1941

par

MAÏER DE TERGOULE Léon

né à Lyon (Rhône), le 4 novembre 1912

MEMBRES DU JURY :

MM. RODIÈRE, Professeur de Droit Civil..... *Président*
VIARD, Professeur de Législation Algérienne.... } *Suffragants*
RAY, Chargé de Cours..... }

TUNIS
IMPRIMERIE J. ALOCCIO, 6, RUE D'ITALIE
—
1941

UNIVERSITÉ D'ALGER

FACULTÉ DE DROIT

MM.	CHAUVEAU, I ✪.....	Doyen, Professeur de Droit commercial.
	VIARD, ✪.....	Assesseur du Doyen, Professeur de Législation algérienne.
	MILLIOT, ✲, I. ✪.....	Professeur de Droit musulman.
	MALLARMÉ, I. ✪.....	Professeur de Droit administratif, en congé.
	BIENVENÜE, I. ✪.....	Professeur de Droit public.
	GAFFIOT, ✪.....	Professeur d'Economie politique.
	BRETON, ✪.....	Professeur de Droit civil.
	BERGER-VACHON, ✪....	Professeur de Droit criminel.
	BOUSQUET, ✪.....	Professeur d'Economie politique.
	ROUSSIER, ✪.....	Professeur de Droit romain.
	ROUDIÈRE.....	Professeur de Droit civil.
	CAPITANT, ✪.....	Professeur de Droit public.
	LE BRETON.....	Agrégé.
	COSTE-FLORET.....	Agrégé.
	LAMBERT.....	Chargé des fonctions d'agrégé.
	RAY.....	Chargé des fonctions d'agrégé.

PELTIER, ✲, I. ✪..... Professeur honoraire.

NOTA. — *La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.*

INTRODUCTION

Jusqu'en 1936, la Tunisie n'a pas eu d'autres juridictions du travail que les tribunaux de droit commun, si ce n'est le Tribunal de l'Orf.

En 1936 furent créées les Commissions Arbitrales du Travail, simple préfiguration des Conseils de Prud'hommes, ayant compétence pour statuer sur les conflits nés de congédiements abusifs.

En 1937 l'arbitrage obligatoire fut introduit en Tunisie.

En 1939 les Conseils de Prud'hommes, réclamés depuis 1897, y furent enfin institués.

Après un bref paragraphe sur le Tribunal de l'Orf, nous étudierons l'historique de l'introduction en Tunisie des juridictions françaises des conflits du travail. Puis, après avoir examiné le fonctionnement des Commissions Arbitrales et noté les modifications apportées dans la Régence à la législation française de l'arbitrage obligatoire et des Conseils de Prud'hommes, nous aborderons l'étude critique des principes qui fondent ces juridictions.

Ces principes sont au nombre de deux : l'utilisation de juges populaires de préférence aux juges professionnels d'Etat et le règlement d'autorité des conflits collectifs du travail à défaut de conciliation.

Nous nous en tiendrons à l'examen de ces principes sans suivre l'histoire des juridictions françaises qui en étaient inspirées.

La deuxième partie de notre thèse débutera par l'analyse de la conception qu'avaient nos législateurs de 1936 et de 1938 de la nature de l'arbitrage obligatoire et par l'opinion de la doctrine sur cette question.

Dans le second chapitre, nous essayerons à notre tour de faire cette analyse. Puis après avoir cherché la limite à assigner au pouvoir arbitral et déterminé la valeur du juge populaire en droit social, en comparaison du juge professionnel, nous esquisserons une organisation des juridictions du travail dans la logique des principes que nous aurons établis.

Il ne nous restera plus, pour conclure, qu'à faire une étude critique de l'organisation tunisienne des conflits du travail, en prenant pour base ce que nous aurons dit de l'organisation française, et en tenant compte des caractères particuliers du milieu social en Tunisie.

LE TRIBUNAL DE L'ORF

Sous l'empire de l'ancienne législation, il existait à Tunis pour les justiciables tunisiens une juridiction commerciale et artisanale appelée « Tribunal de l'Orf ».

Cette juridiction non permanente était composée d'une manière très diverse selon la nature du litige; on la réunissait spécialement à l'occasion de chaque litige.

Son organisation en matière commerciale et dans les affaires entre chaouachis (fabricants de chéchias) a été réglée par deux décrets en date du 12 mars 1884, et pour les autres arts et manufactures par un décret en date du 21 septembre 1885.

Aux termes du décret beylical du 12 mars 1884, cette juridiction était composée, pour les affaires commerciales, de l'amine du commerce et de 10 assesseurs, tous choisis parmi les patrons (dont obligatoirement un sfaxien et un djerbien). L'Orf connaissait de tous les litiges entre commerçants. Il était également compétent pour connaître des contestations qui s'élevaient entre patrons et ouvriers relativement aux conventions du travail.

D'autre part, le Cheikh el Médina [1] jugeait en dernier ressort tous les différends qui surgissaient en matière d'art et manufacture (décret beylical du 21 septembre 1885).

Enfin, un Conseil composé de l'amine [2] des chaouachis (fabricants de chéchias), et de 10 assesseurs patrons était chargé de trancher tous litiges entre chaouachis (patrons et ouvriers), et de veiller aux intérêts de la corporation (décret beylical du 12 mars 1884).

Mais, depuis la création des tribunaux séculiers tunisiens, l'Orf ne fonctionne plus que comme organisme de conciliation à la demande des parties, ou comme Commission d'expertise sur désignation des tribunaux.

En fait, depuis 1931 l'Orf du commerce ne fonctionne plus, l'amine et 8 membres décédés n'ayant pas été remplacés. En cas de conflit entre patrons et ouvriers, et seulement sur leur demande, le Cheïkh el Médina intervient pour tenter de les concilier; s'il échoue, il les renvoie devant les tribunaux tunisiens.

L'Orf des chaouachis existe toujours, les membres décédés sont remplacés par le Conseil, et cette élection est soumise à la ratification

---

(1) Maire de la ville indigène, Président de la Municipalité de Tunis.

(2) Expert officiel, véritable chef de corporation.

du Bey. Le Cheikh el Médina, qui en est le Président, délègue ses pouvoirs à l'amine. L'Orf n'intervient qu'amiablement pour une tentative de conciliation, en cas d'échec, il faut saisir les tribunaux.

Il existe un Orf pour chaque branche d'art ou de manufacture, le président est l'amine du métier intéressé, les assesseurs sont deux patrons désignés pour chaque affaire par le Cheikh el Médina.

La composition des tribunaux de l'Orf est donc exclusivement patronale, sans que l'élément ouvrier ait jamais soulevé aucune objection.

En 1933, le Cheikh el Médina, consulté sur la question, préconisait l'introduction de l'élément ouvrier, en faisant appel à des ouvriers d'un âge déterminé, d'une pondération confirmée, et comptant un certain nombre d'années d'exercice de leur métier.

L'Administration a même envisagé l'adjonction d'assesseurs pris parmi les consommateurs.

Avec la création des Conseils de Prud'hommes, l'Orf ne subsistera plus que comme Conseil technique et de défense corporative, comme Commission d'expertise et de conciliation entre fabricants ou marchands et acheteurs, et comme organisme de contrôle de la qualité marchande des objets mis en vente [1].

---

(1) Le Tribunal de l'Orf n'a fait l'objet d'aucune étude. Je dois les renseignements que je possède sur cette juridiction à l'amabilité du Général Sfar, Cheikh el Médina, que je prie de trouver ici l'expression de ma gratitude.

PREMIERE PARTIE

CHAPITRE PREMIER

HISTORIQUE [1]

§ 1er. — 1897-1922

C'est en 1897, que la question de l'institution en Tunisie de Conseils de Prud'hommes fut examinée pour la première fois. Le 17 avril la Commission d'Organisation du Travail de la Conférence Consultative adoptait un projet inspiré de la législation en vigueur en France et en Algérie, notamment du décret du 12 juin 1809, et des lois des 23 mai 1864, 7 février 1880, et 23 février 1881. M. Assereto rapporta ce projet à la Conférence Consultative en exposant les points sur lesquels l'accord n'avait pu se faire : l'appel des décisions des Conseils de Prud'hommes devait-il être porté devant le Tribunal civil ou devant un Tribunal de Commerce [2], devait-on créer des Conseils de Prud'hommes spéciaux pour connaître des litiges entre patrons et ouvriers agricoles ? La Commission, tout en reconnaissant son incompétence, émettait l'avis que l'appel devait aller devant le Tribunal civil, et qu'un accueil favorable fût fait à la demande de création d'un Conseil de Prud'hommes pour les agriculteurs.

Après la lecture du rapport, une discussion s'ouvrit entre les membres de la Conférence Consultative et la plupart des questions que nous retrouverons tout au long de cet historique furent abordées.

La Commission du travail avait admis qu'en cas de partage de voix un nouvel assesseur, tiré au sort, départagerait ses collègues. M. Communaux estimait que l'intervention d'un magistrat retarderait la solution du procès et souhaitait que le président eût voix prépondérante. M. de Carnières, qui avait d'abord à la Commission du travail

---

(1) J'ai puisé dans les archives de la Direction des Affaires Economiques de Tunisie la plus grande partie de la documentation historique de mon travail. Je prie M. Soulmagnon, Directeur des Affaires Economiques, de trouver ici l'expression de ma gratitude.

(2) C'est une chambre du Tribunal Civil qui, à cette époque comme de nos jours, connaissait des affaires commerciales. Mais on projetait alors de créer des Tribunaux de Commerce suivant le principe de l'échevinage : la présidence aurait été assurée par un juge du Tribunal Civil, les assesseurs auraient été des commerçants. Dans les discussions que nous allons rapporter, certains font allusion à cette organisation projetée, d'autres à l'organisation française, il y a là une source de confusion dont il faut se garder

proposé de faire départager les voix par le juge de paix, conformément à l'avis du Sénat, puis avait proposé la mesure adoptée par la Commission, revenait à son premier avis : le retard qu'apporterait l'adjonction de ce magistrat au Conseil ne saurait être considérable, pensait-il.

M. Communaux, soutenant le projet de la Commission, estimait que l'appel devait être porté devant des Prud'hommes n'ayant pas connu de la première instance, sous la présidence d'un juge du Tribunal de Commerce. Il reconnaissait que sa solution était en contradiction avec la doctrine du droit français, mais estimait que la présence d'un magistrat de carrière donnait toutes garanties aux parties et faisait remarquer que le Tribunal de Commerce, juge d'appel, aurait donné un rôle prépondérant aux patrons.

MM. Gaudiani et Poublon se déclarèrent favorables à la thèse qui voulait confier l'appel au Tribunal de Commerce, le premier estimant que la présence d'un magistrat était en garantie suffisante, le second soutenant que « l'intrusion de la justice civile était de nature à porter atteinte à l'essence même de l'institution, qui est la conciliation entre pairs et sur les bases de la coutume et de l'équité ».

M. de Carnières, après avoir noté que la Chambre et le Sénat avaient écarté le Tribunal de Commerce comme juge d'appel, parce que cette juridiction, composée uniquement d'employeurs, romprait au profit du groupe patronal l'équilibre qui est à la base de l'institution des Prud'hommes, se prononçait pour l'attribution au Tribunal civil de la juridiction d'appel, car dans le système proposé par la Commission « aucun des juges n'a de connaissances juridiques spéciales, ce qui serait indispensable : les cas d'appel sont rares, portent toujours sur des affaires compliquées et nécessitent des connaissances juridiques ».

M. de Carnières examinait ensuite la question de l'adjonction au Conseil de deux assesseurs indigènes, comme en Algérie, lorsqu'un tunisien serait en cause. La Commission avait, disait-il, estimé « que les sujets du Bey n'ont pas qualité pour prendre part à l'exercice de la justice française » et proposé que des experts indigènes assermentés fussent consultés en cas de besoins. Puis il terminait en approuvant la création de Prud'hommes agriculteurs formant une section spéciale de chaque Conseil.

MM. Rey et Robert intervinrent à leur tour sur la question de l'extension de la nouvelle juridiction aux procès entre français et ouvriers agricoles indigènes. A leur avis, une juridiction spéciale existe, celle du Tribunal de l'Orf, présidé par le Cheikh el Médina. Cette juridiction peut prononcer contre un khammès la contrainte par corps, seule sanction effective contre les ouvriers indigènes; s'en priver serait renoncer à tout moyen d'action sur eux : l'emploi d'ouvriers indigènes

par les européens deviendrait impossible, en particulier pour la plantation des oliviers par voie de *Megharsa* dans la région de Sfax.

Il est à remarquer que nous retrouverons souvent la question du Tribunal de l'Orf comme motif du refus d'étendre aux indigènes la compétence des Conseils de Prud'hommes projetés, mais nous ne verrons plus reparaître l'argument de la sanction pénale.

A ce moment de la discussion intervint un colon, M. Terrass, qui proposait de surseoir à la création de la juridiction Prud'hommale, « puisque son application aux ouvriers agricoles indigènes causerait un trouble profond dans les exploitations rurales et qu'en ce qui concerne les ouvriers français, leur petit nombre et la rareté des conflits, où ils sont intéressés, permet de laisser aux juges de paix la connaissance des litiges les concernant ».

Cet avis fut vivement combattu par M. de Carnières qui, toutefois, ne voyait pas d'inconvénient à ce qu'on laissât les ouvriers indigènes hors de la question.

M. Poublon, reprenant la parole, faisait observer qu'en établissant une incompatibilité entre les fonctions de Prud'hommes et les fonctions publiques ou l'exercice d'un mandat électif on se privait des meilleurs éléments. A quoi M. de Carnières répondit : « qu'il fallait veiller avec le plus grand soin à ce que la politique n'intervint pas dans une question exclusivement judiciaire, que la recherche des mandats électifs peut entraîner à des rivalités politiques dont les résultats ne doivent pas se manifester au sein des Conseils de Prud'hommes ». Nous verrons et discuterons plus loin un texte spécial par lequel les fonctionnaires et agents de l'Etat ont été autorisés à siéger dans une juridiction du travail, les Commissions Arbitrales.

La discussion prit fin par un exposé du Procureur de la République : la classe ouvrière française ne constituant pas un élément considérable, la création de Prud'hommes n'était pas absolument urgente, mais on pouvait du moins faire utilement un essai à Tunis.

Il proposait de réserver la question de l'extension de la compétence de cette juridiction aux indigènes musulmans ou israélites, et repoussait comme matériellement impossible cette extension de compétence aux conflits entre patrons et ouvriers agricoles, alors surtout que la France avait repoussé cette mesure; sur la question du partage, il estimait plus équitable de confier au juge de paix le soin de départager les voix en cas de vote sans majorité; en matière d'appel les législateurs français avaient écarté le recours devant d'autres Prud'hommes, l'institution ayant un caractère paternel et de conciliation; les affaires venant en appel, rares et compliquées demandent d'ailleurs des connaissances juridiques, aussi fallait-il incliner à confier l'appel au Tribunal Civil, le Tribunal de Commerce ne comprenant que l'élément patronal.

A la suite du vote, l'amendement de M. Terrasse était rejeté, la question des Prud'hommes agriculteurs était renvoyée à la Commission, l'extension de la compétence aux indigènes rejetée et les amendements proposés par le Procureur de la République adoptés [1].

En 1899, M. Communaux, dans le rapport fait au nom de la Commission du travail de la Conférence Consultative, exprimait le regret que le Conseil des Prud'hommes n'eût pas encore été créé, et priait le Résident Général de vouloir bien intervenir énergiquement auprès du Gouvernement Central, pour que, sur ce point important, satisfaction fût donnée à la Conférence Consultative [2].

En avril 1900, à la 18e session de la Conférence Consultative, la question est de nouveau agitée et l'on comprend le retard de l'Administration, car le Résident Général déclare franchement que le Gouvernement Métropolitain paraît trouver que cette création serait prématurée. M. Communaux dit que le Gouvernement ne peut se refuser à accorder ce qu'on lui demande, puisque les intéressés sont d'accord, que le projet proposé offre toutes les garanties désirables, et que le Procureur de la République de Tunis a conclu à son adoption.

La nécessité et l'urgence de cette création échappent au Résident Général, qui se demande si, dans un pays qui commence à s'organiser, où l'on emploie des ouvriers étrangers, indigènes, fezzani [3], etc., il est prudent d'armer ces gens contre ceux qui les emploient. Que l'on apporte des faits précis à l'appui de la demande.

A son tour, M. de Carnières intervient en faveur du projet : « il y a tous les jours des difficultés entre patrons et ouvriers au sujet des salaires, le Tribunal Civil comporte trop de frais et de formalités pour de tels litiges, qu'a-t-on à craindre de la nouvelle juridiction, elle n'a pas pour objet d'armer les ouvriers contre les patrons, elle tend à la conciliation, ou à défaut, à un jugement en équité, sans frais ni retard [4] ».

Après ces passes d'armes oratoires, la question sommeille sous la diligente protection de l'Administration, qui ne veut évidemment pas avec la nouvelle organisation demandée et ses élections, risquer de créer des conflits sociaux. Ce sommeil sera à peine troublé en 1904 par le rapport de M. Candas à la Conférence Consultative, où il est demandé au Gouvernement, outre les Conseils de Prud'hommes « d'examiner la possibilité d'instituer des *tribunaux permanents d'arbitrage* qui auraient à connaître de tout *conflit collectif* entre patrons et ouvriers et dont les décisions auraient force de jugement » [5]. Cette

---

(1) Procès-verbaux de la Conférence Consultative, année 1897, pp. 101 et suivantes.
(2) Procès-verbaux de la Conférence Consultative, année 1899, pp. 88 et suivantes.
(3) Du Fezzan (Tripolitaine).
(4) Procès-verbaux de la Conférence Consultative, année, 1900, pp. 155 et suivantes.
(5) Procès-verbaux de la Conférence Consultative, année 1904, pp. 144 et suivantes.

dernière demande, que nous ne verrons plus exprimer, sera néanmoins satisfaite avant la première.

En 1909 [1], c'est M. Communaux qui, dans un rapport à la Conférence Consultative, reprendra le projet : « l'ouvrier est protégé contre l'invalidité par la loi sur les accidents du travail, contre le surmenage ou le travail dangereux et malsain; il convient maintenant de lui permettre de défendre facilement ses intérêts lorsqu'un conflit surgit entre lui et son patron ». Le Conseil des Prud'hommes est une juridiction facilement abordable, composée de juges dévoués et attachés à une œuvre de pacification sociale. Aussi le nombre des affaires qu'elle concilie l'emporte de beaucoup sur celui des affaires qu'elle doit juger, c'est de là que lui vient sa réelle popularité et l'estime dont l'entoure le monde industriel. La loi du 27 mars 1907 a encore perfectionné cette juridiction. Cette institution a été demandée depuis longtemps par les hommes qui ont le souci d'une législation sociale dans ce pays. La Commission a examiné l'ancien projet qu'il y a intérêt à prendre comme base, en y adjoignant la participation des indigènes dans la constitution des bureaux de conciliation et de jugement.

Et pour la première fois nous voyons apparaître la question de savoir comment l'institution sera créée. M. Communaux pense en effet que « la promulgation d'un texte instituant les Conseils de Prud'hommes ne saurait émaner des autorités locales. Il paraît certain qu'une législation qui aurait pour effet d'instituer une juridiction nouvelle en Tunisie, de constituer le Tribunal Civil comme juge d'appel et de soumettre les jugements rendus par ces tribunaux d'exception à l'autorité suprême de la Cour de Cassation ne saurait être appliquée dans ce pays autrement que par un acte de souveraineté française et qu'en vertu d'une loi ».

A la suite de ce vœu, la Résidence Générale saisissait le Département des Affaires Etrangères, par lettre du 25 juillet 1910. Le Résident y déclare que cette demande restera, pour ceux qui font de la propagande dans les milieux ouvriers un prétexte de mécontentement et l'objet de promesses aux électeurs du 2e collège de la Conférence Consultative. On peut voir dans la statistique des Conseils de Prud'hommes qu'une telle juridiction fonctionne à Mascara pour 169 patrons et 210 ouvriers, à Philippeville pour 128 patrons et 380 ouvriers, à Sidi-bel-Abbès pour 125 patrons et 258 ouvriers. A Tunis on trouve bien 622 patrons français pour 840 ouvriers, électeurs de la Conférence Consultative, ce qui semble supérieur, mais il faut éliminer le 7e environ qui n'a pas atteint l'âge de 25 ans; parmi les patrons, en éliminant les gérants d'hôtel, les représentants de commerce, les agents d'assurance et de navigation, les pharmaciens, etc., on n'at-

(1) Procès-verbaux de la Conférence Consultative, année 1909, pp. 275 et suivantes.

teint pas le chiffre de 200 patrons français, chefs d'entreprises industrielles; sur les 840 ouvriers si on élimine 180 employés de commerce, 480 ouvriers de la Compagnie de Chemin de Fer, etc., on ne trouve plus que 160 ouvriers de l'industrie, presque tous contremaîtres dans les entreprises de constructions métalliques ou de bois, mécaniciens ou imprimeurs. La statistique générale de la Tunisie, d'autre part, fait apparaître 5.006 ouvriers français pour 9.175 étrangers et 17.867 indigènes, soit 1/9 environ de français sur l'ensemble. Dans ces conditions, dans le groupe industriel tout au moins, on ne trouverait pas des éléments suffisants pour assurer le fonctionnement régulier d'un Conseil de Prud'hommes. La Résidence se pose ensuite la question de l'autorité et de l'impartialité des Conseils envisagés : « Les Conseils de Prud'hommes dont l'impartialité a été si discutée en France, auront-ils, en Tunisie, où les rivalités de nationalité et de race s'affirment d'une façon si caractéristique, l'indépendance voulue pour s'imposer à tous les justiciables, sans susciter des défiances irréductibles... peut être serait-il, dans ces conditions, imprudent de tenter une expérience de nature à créer des divisions fâcheuses dans ce pays.

Tout autre assurément serait le problème si l'on devait envisager les Conseils de Prud'hommes avec la participation effective des étrangers dans les bureaux de conciliation et de jugement. Les considérations sur l'importance numérique des intéressés et sur le sentiment des nationalités perdraient beaucoup de leur valeur. C'est, d'ailleurs, sous cet angle que la question est envisagée dans les milieux ouvriers ».

M. André Weiss, professeur à la Faculté de Droit de Paris, jurisconsulte du Ministère des Affaires Etrangères, donnait alors la consultation suivante :

« Le 16 novembre 1911.

« Les Conseils de Prud'hommes, tels que les ont organisés les lois en vigueur, notamment la loi du 27 mars 1907, sont des tribunaux *français*. Electeurs et éligibles doivent être de nationalité *française* (L. 1907, art. 5 et 6). Les jugements rendus par les Prud'hommes sont des jugements *français*, tantôt définitifs et sans appel, tantôt susceptibles de recours, mais, dans tous les cas, revêtus de la formule exécutoire *française*.

« L'abolition des capitulations en Tunisie, et l'établissement de la juridiction française dans la Régence, qui en a été la suite, permettraient, sans doute, au Gouvernement Français d'y créer, dans les conditions où cette juridiction fonctionne aujourd'hui, des Conseils de Prud'hommes, comme il a créé, autrefois, des tribunaux de 1re instance et des justices de paix, pourvu, toutefois, que les Conseils ainsi institués conservent le caractère de tribunaux français.

« Or, d'après les renseignements transmis par la Résidence Générale de Tunis, il serait impossible de trouver dans la colonie française les éléments nécessaires, et la juridiction que quelques-uns réclament, ne pourrait vivre qu'avec la participation effective des étrangers. Ce serait une véritable juridiction internationale. Sans parler des objections d'ordre diplomatique, qui pourraient être formulées par les Puissances ayant renoncé au bénéfice de leur juridiction consulaire, *au profit des tribunaux français*, l'institution de Conseils de Prud' hommes élus en partie par des étrangers, et composés pour partie d'étrangers serait en contradiction avec tous les principes de notre droit public, qui font de l'électorat judiciaire et de l'accès aux fonctions de juge à tous les degrés une prérogative exclusivement réservée aux français.

« Signé : André Weiss ».

Avant même d'avoir reçu la réponse du Ministre des Affaires Etrangères, l'Administration locale n'avait plus d'illusion sur le sort de l'institution projetée. Aussi, dans une note du 13 octobre 1911, résumait-elle la situation en prévoyant certaines mesures possibles; nous nous réservons d'y revenir, mais nous ne pouvons nous dispenser d'en donner la substance.

L'institution de Conseils de Prud'hommes en Tunisie semble difficile, en raison de la faible importance numérique de la population française et de sa répartition inégale entre les divers corps de métiers, en raison des conflits diplomatiques possibles et des conflits de race et de nationalités qui sont certains, si l'on passe outre aux premiers, en raison, enfin, de l'impossibilité d'admettre des étrangers à l'exercice de la nouvelle juridiction.

Pourtant l'utilité d'une juridiction rapide et peu coûteuse se fait de plus en plus sentir, les contestations sur les salaires sont extrêmement fréquentes et les abus du patronat à cet égard, surtout du patronat italien sont indéniables. L'Office du Travail intervient en cas de conflit et la plupart de ses interventions sont couronnées de succès, « mais il est à craindre et déjà l'Office a des raisons de redouter, que les chefs d'entreprise ne soient de plus en plus amenés à préférer l'instance judiciaire, l'ouvrier hésitant souvent à poursuivre en raison des frais et de la lenteur de la procédure ».

Notons, en passant, que cette crainte n'était pas fondée car trente ans plus tard l'Office réussit encore brillamment, et concilie la majeure partie des conflits du travail, comme nous aurons l'occasion de le dire.

Et la note se termine par un projet que nous devons citer en entier : « Il conviendrait de constituer une Commission composée de magistrats et de la charger de rechercher les moyens :

« *a)* De simplifier les formalités nécessaires pour l'octroi de l'assistance judiciaire, en spécifiant, au besoin, que cette faveur sera de droit en ce qui concerne les difficultés relatives aux salaires (un précédent existe à cet égard pour les accidents de travail).

« *b)* De rendre plus rapide la procédure du juge de paix en la matière.

« Il serait peut-être opportun d'instituer auprès de chaque justice de paix, du moins dans les grands centres, des avocats ouvriers chargés spécialement de suivre ces affaires. Ils recevraient une indemnité qui pourrait équivaloir à celle qui est octroyée par l'Etat aux secrétaires des Conseils de Prud'hommes. Cette organisation semble même devoir coûter moins cher que l'installation des Conseils dont les frais sont assez élevés ».

Il est regrettable que cette note soit passée inaperçue et soit tombée dans l'oubli, l'application si aisée de ce projet eût évité 30 années de polémiques et de travail administratif et législatif. Les défenseurs des droits ouvriers n'auraient pas reçu la satisfaction sentimentale de voir créer une juridiction à laquelle participent des travailleurs, mais les raisons valables de leur mécontentement et de leur propagande, la lenteur et les frais des juridictions ordinaires, leur eussent été enlevées.

Le 22 novembre 1911, le Ministre des Affaires Etrangères, fort de la consultation de M. Weiss, rejetait le projet d'organiser les prud'hommes avec l'aide d'éléments étrangers.

En mars 1912, deux rapports sont encore lus à la Conférence Consultative en faveur de l'institution des prud'hommes.

En novembre 1912, à la 36e session de la Conférence Consultative, M. Genevay reprendra la parole pour demander au Résident Général, M. Alapetite « qui a joué un si grand rôle social à la Convention d'Arras de 1891, de faire enfin instituer les Conseils de Prud'hommes en Tunisie ».

Et, à la demande de M. Revolon, la Conférence Consultative émettra le vœu que l'Administration étudie un projet de juridiction prud'homale qui pourrait être discuté dans la session de novembre 1913.

§ 2. — **Projet de 1922**

La question ne sera rouverte qu'en 1922, par la section de Bizerte de la Ligue française pour la défense des Droits de l'Homme et du Citoyen, qui émettra le vœu, que la juridiction des prud'hommes soit enfin créée en Tunisie. A la suite de quoi M. Ferdinand Buisson, Président de cette ligue, saisissait le Ministre des Affaires Etrangères de ce vœu.

Le Ministre lui répondait, le 4 mars 1922, que la création d'une Chambre commerciale près le Tribunal de 1re instance de Tunis, à laquelle il était procédé, paraissait devoir donner satisfaction à ce désir.

Cette réponse amenait, les 10 et 11 avril 1933, la publication dans le « Courrier de Tunisie » et la « Dépêche Tunisienne » d'articles qui démontraient évidemment l'erreur du Département et l'absence de rapport entre « une juridiction d'affaires et une juridiction de conciliation entre patrons et ouvriers ».

D'ailleurs, dès le 16 mars 1923, M. F. Brisson était lui-même revenu à la charge dans une lettre où il marquait le caractère distinct des deux institutions et l'utilité qui s'attachait à l'introduction des Conseils de Prud'hommes en Tunisie.

Aussi le 26 mars 1923, le Ministre des Affaires Etrangères demandait-il au Résident Général son sentiment sur l'accueil qu'il fallait réserver à cette suggestion.

Le 27 avril, le Parquet de Tunis était consulté, et dans les éléments qu'elle lui fournissait la Résidence tablait sur 579 patrons et 3.308 ouvriers français à Tunis, pour 315 patrons et 1.397 ouvriers français à Bizerte, ce qui, à son estimation, devait fournir 530 électeurs patrons pour 2.800 électeurs ouvriers à Tunis et 290 pour 1.200 à Bizerte. La Résidence constatait d'autre part, comme en 1910, qu'une minorité de patrons et d'ouvriers français seraient appelés à juger une majorité d'étrangers, ce qui ferait suspecter l'impartialité des Prud'hommes, mais elle pensait obvier à cet inconvénient en confiant à un magistrat de carrière, le juge de paix, la présidence du Conseil.

Le Procureur donnait, le 15 juin, une approbation de principe à l'institution des Conseils de Prud'hommes en raison de leur procédure plus simple, plus rapide et moins onéreuse mais faisait l'observation suivante : « Il est à craindre que les étrangers, qui n'ont renoncé au bénéfice des capitulations qu'en faveur des magistrats de carrière français, ne s'élèvent contre l'obligation de porter les litiges de cet ordre devant des juges occasionnels, leurs concurrents dans le commerce ou l'industrie. L'Italie notamment n'invoquerait-elle pas l'article VII du protocole du 25 janvier 1884 précisant qu'il n'y aura en Tunisie, envers les nationaux italiens, d'autre juridiction que celle exercée par les nouveaux tribunaux, c'est-à-dire par les tribunaux de droit commun (Tribunal Civil ou Justice de Paix). Aujourd'hui, il est vrai, le protocole du 25 janvier 1884 est abrogé par les conventions du 28 septembre 1896 ainsi que l'a proclamé le décret beylical du 1er février 1897 et que l'a jugé l'arrêt de la Cour de Cassation du 10 juin 1916. Mais le Gouvernement Italien s'inclinerait-il devant ce décret beylical et cette doctrine de la Cour de Cassation. Sans doute vous avez paré dans la mesure du possible à cette objection

d'ordre international en proposant de donner la présidence du Conseil de Prud'hommes au juge de paix. Mais il est à craindre que ce magistrat ne puisse pas toujours faire prévaloir son opinion ».

Le 12 juillet, la Résidence Générale résumait la situation dans une lettre au Département, annonçait la préparation d'un texte de projet en précisant qu'il faudrait une loi française pour étendre à la Tunisie la juridiction des Prud'hommes et un décret du Président de la République pour créer chaque Conseil.

Un premier projet était soumis au Procureur de la République qui, le 23 février 1924, adressait à la Résidence les conclusions suivantes que leur importance nous oblige à citer en entier :

« La seule observation que me paraisse comporter ce texte à trait à l'intervention, prévue à l'article 4, de deux assesseurs indigènes ou étrangers dans les causes ou figure un tunisien ou un étranger.

« La participation, même à titre simplement consultatif, de ces deux assesseurs indigènes ou étrangers à la décision du Conseil serait une atteinte aux principes du protectorat et aux pouvoirs juridictionnels accordés à la France dans la Régence.

« En dehors, en effet, des Tribunaux indigènes appelés à statuer sur les différends entre ressortissants musulmans ou israélites, il ne peut exister en Tunisie que des juridictions exclusivement françaises. L'argument tiré de l'organisation du Tribunal Criminel me paraît sans portée réelle : il échet de remarquer que l'institution en matière criminelle d'assesseurs tunisiens ou étrangers remonte à la loi du 27 mars 1883, c'est-à-dire aux débuts de l'occupation. A cette époque, notre établissement dans la Régence était précaire encore, à telle enseigne qu'aux termes de l'artice 2 du traité du Bardo du 12 août 1881, l'occupation de la Tunisie par l'autorité militaire devait cesser le jour où il serait reconnu que l'Administration locale était désormais en état de garantir le maintien de l'ordre.

« Depuis, la situation s'est de tout point modifiée. Les puissances étrangères ont successivement renoncé à leurs capitulations, et le traité de la Marsa du 8 juin 1883 a définitivement organisé le protectorat dans la Régence, qui a cessé d'être une sorte de « Communal » à la disposition de l'Europe entière.

« A l'heure actuelle la France possède en Tunisie une situation nettement privilégiée et elle ne saurait consentir à partager ses droits juridictionnels ni avec les tunisiens ni avec les étrangers.

« J'ajouterai qu'en matière criminelle, il n'y a d'assesseurs indigènes ou étrangers que si aucun français ou protégé français n'est poursuivi.

« L'article 4 du projet que vous avez bien voulu me communiquer prévoit, au contraire, l'adjonction d'assesseurs tunisiens ou étrangers même si l'une des parties est française ou protégée française.

« La circonstance que les assesseurs dont s'agit n'auraient que voix consultative ne fait pas disparaître le vice du système. Avec voix simplement consultative, comme avec voix délibérative, ces assesseurs seraient des juges, et dans les pays hors chrétienté comme en France, les Français ne peuvent (sauf dans les pays hors chrétienté, en matière immobilière), être jugés que par des magistrats français. C'est là une règle d'ordre public tellement stricte que le Tribunal français de Tunis n'a jamais admis que des Français parmi les experts auxquels il recourt parfois pour les mesures d'information préparatoire.

« Je terminerai en faisant observer que les Tribunaux Criminels ne siègent que quelques jours seulement, quatre fois par an, tandis que les Conseils de Prud'hommes constituent une juridiction permanente.

« C'est donc une juridiction permanente, en partie composée d'étrangers, qu'après plus de 40 années d'occupation française en Tunisie, on imposerait pour la première fois à nos nationaux; une pareille mesure constituerait un recul évident de l'autorité de la France dans la Régence ».

Le 13 mars le projet de loi amendé selon l'avis du Parquet de Tunis était envoyé à Paris.

A la demande du Garde des Sceaux, la Résidence modifiait légèrement l'article 5 dont l'interprétation n'eût pas été très facile, puis le 16 juillet 1924 le même article était modifié une seconde fois pour tenir compte de la loi du 2 juin 1924 (livre IV du Code du travail).

Ce projet était déposé à la Chambre le 13 décembre 1924 et imprimé sous le n° 882 [1].

Nous n'étudierons pas ce texte, étant donné qu'il a été repris intégralement par la loi du 19 avril 1939, les seules différences tenant dans cette dernière à l'adjonction d'assesseurs tunisiens et à l'extension de compétence prévue par l'article 10.

La polémique de presse était ouverte, le 30 décembre 1924, par la « Dépêche Tunisienne » et le « Petit Matin » qui se contentaient d'ailleurs de paraphraser l'exposé des motifs.

Le 6 janvier 1925 un article plus important paraissait dans la « Tunisie Française », les diverses discussions dont l'institution des Prud'hommes avait été l'objet à la Conférence Consultative et ailleurs étaient résumées, la possibilité d'y introduire des Prud'hommes étrangers était particulièrement exposée et critiquée avec indignation, puis, prévoyant la polémique qu'allait ouvrir « Tunis Socialiste », l'article disait : « Nos socialistes internationaux estimeront probablement que le projet de loi est conçu dans un esprit réactionnaire. Il exclut, en effet, nos « pauvres » indigènes du bénéfice qu'ils pourraient retirer

(1) *Journal Officiel:* Annexes, Chambres des Députés, Session extraordinaire, 2e séance du 13 décembre 1924, n° 882, p. 298.

de la juridiction prud'hommale. Le Gouvernement leur fait dire qu'ils ont à leur disposition un tribunal bien à eux, le Tribunal de l'Orf, et qu'ils peuvent et doivent s'en contenter. « Les voilà toujours, les deux justices ! » diront les socialistes. En somme, le projet est conçu dans l'esprit et même la lettre tel que le voulait M. de Carnières. Ceci n'est pas fait pour nous déplaire ». Le 14 janvier 1925, le « Courrier de Tunisie » se contentait d'exposer le projet, mais les 27, 30 janvier et 3 février « Tunis Socialiste » le commentait et critiquait âprement.

Dans son premier article, après avoir exposé l'intérêt de cette institution et son fonctionnement particulier en Algérie « province sœur » où cette organisation a fait ses preuves, M. Durel relève que, dans l'organisation projetée, l'adjonction d'un magistrat comme président ôte au conseil son caractère exclusivement corporatif, qu'à l'opposé de l'Algérie il n'intervient jamais d'assesseurs indigènes et qu'enfin les litiges entre indigènes ne sont pas de la compétence de la nouvelle juridiction mais sont renvoyés au Tribunal de l'Orf. M. Durel passe volontiers sur la première critique, la mesure prévue devant donner aux étrangers une garantie d'impartialité, mais sur l'exclusion des assesseurs indigènes il s'exprime avec indignation : « le refus de la plus élémentaire des garanties judiciaires, fondé sur l'hypocrite respect de la nationalité du justiciable, n'est-ce pas un jeu peu digne de la France ». L'argument du caractère exclusivement français de la juridiction vaudrait « avec une Tunisie véritablement indépendante, il est nul, ridicule, et quelque peu odieux envers une Tunisie en tutelle, dont toute la vie administrative, économique et politique dépend de la bonne volonté du peuple protecteur ». Au Tribunal Criminel siègent non seulement des assesseurs français, mais aussi des assesseurs étrangers « qui songerait à contester le caractère français d'un tribunal dont les arrêts relèvent de la Cour de Cassation ».

Dans son article du 30 janvier, M. Durel s'attaque à la question du Tribunal de l'Orf. Le renvoi des affaires indigènes devant le Conseil de Prud'hommes est aux yeux de l'administration, dit-il, impossible à cause de la dualité de juridiction, inutile à cause de l'existence du Tribunal de l'Orf. Quant à l'impossibilité : « il n'est pas vrai que les deux juridictions (française et tunisienne) fonctionnent sans pouvoir se pénétrer. En fait on n'a sauvé et fait durer si longtemps la justice tunisienne qu'en la pénétrant d'esprit, de méthode et de personnel français. Un Commissaire du Gouvernement assiste de ses conseils le tribunal musulman auquel il évite des fantaisies trop originales; un directeur des services judiciaires, français, a la haute main sur le fonctionnement de toute la machine, cependant que des juges français élaborent les nouveaux codes et préparent selon l'esprit modernes des juges musulmans... Non, une juridiction mixte n'est pas plus impossible en Tunisie, en matière de Prud'hommes, qu'elle ne l'est en matière d'immatriculation ». Passant à l'inutilité de la nouvelle institution en

présence du Tribunal de l'Orf, M. Durel examine ce dernier : « Tribunal avant l'occupation, simple conseil d'experts depuis, ... l'Orf rigoureusement recruté parmi les seuls patrons, émet un avis, ... il n'a rien d'un tribunal, nul pouvoir de décision et de jugement, organisme consultatif, ... il n'a donc rien d'un conseil de prud'hommes : il en est précisément tout le contraire, dans la mesure où le Conseil de Prud'hommes est fondé essentiellement sur l'égale représentation des ouvriers ».

Dans son article du 5 février 1925, M. Durel après avoir examiné une dernière objection va conclure : « que va-t-on faire de ces justiciables indigènes en quête d'une juridiction raisonnable. Nous ne cacherons pas nos préférences pour le renvoi pur et simple des intéressés devant un Conseil de Prud'hommes. Cette solution aurait l'avantage de hâter ou de continuer l'œuvre de rapprochement et de collaboration entre deux éléments ethniques si profondément étrangers encore l'un à l'autre. Elle serait un pas de plus vers l'unité de justice, ou mieux un pas vers la justice toute simple, car il n'est pas vrai qe l'ouvrier indigène puisse jamais trouver sauvegarde et garantie véritable auprès des juridictions archaïques où l'on prétend le maintenir ». Puis M. Durel examine l'objection que lui fit « un camarade socialiste tunisien, plus averti que nous ne pouvons l'être nous-même de la vie indigène » : « Il y a danger à faire juger par des prud'hommes français selon l'esprit occidental et moderne, les conflits entre patrons et ouvriers tunisiens. Avec la meilleure intention du monde ces juges de bonne volonté tueraient les industries originales du pays ; le plus clair de leur intervention serait la ruine du patron et de l'ouvrier. Et nous aurions créé un peu plus de misère humaine. L'objection est émouvante... Ce camarade conclut donc à un Orf réformé, à un conseil de prud'hommes tunisien. Tout bien considéré, il nous paraît impossible d'adopter cette solution... Elle est grosse de périls, dans la mesure où elle creuse un peu plus encore le fossé entre les deux mondes, que nos efforts doivent tendre à rapprocher. Des formes archaïques de production sont condamnées à disparaître... S'il ne se résigne pas à se coucher pour y mourir dans la poussière de son passé, il faudra bien que l'Islam s'adapte au rythme accéléré de la vie moderne... La commune nécessité poussera ouvriers et patrons à des modes nouveaux d'activité et de production. La vie moderne les prendra tous pour leur salut. Si la France est venue en ce pays pour y susciter des énergies, nouvelles non pour y embaumer des momies, elles doit vouloir cela. C'est donc pour l'intérêt bien compris du monde indigène que nous demandons l'unité de juridiction ouvrière ».

On ne saurait méconnaître l'intérêt de cet article dont nous aurons à discuter les idées, notons seulement ici qu'à côté de la perception de certaines vérités, l'esprit de parti a conduit l'auteur malgré la

générosité de ses intentions à des conceptions d'une cruauté et d'une incompréhension inhumaines.

Cette polémique de presse sera close par l' « Unione », qui, comme l'avait prévu le Procureur de la République, va prendre pour arme le protocole de 1884. En effet, le 3 février 1925 M. Bonura y écrit : « Nous allons donc toujours davantage vers l'exécution d'un plan fixé, plan dans lequel les restrictions et les coercitions sont en train de prendre pied, au détriment de nos droits, sanctionnés par les conventions, et contre l'esprit du protocole de 1884 qui discipline la juridiction des Italiens de la Tunisie.

« Eh bien non ! Le système est trop commode et trop unilatéral.

« Lorsqu'il s'agit de créer à Tunis une chambre commerciale mixte au Tribunal de Tunis nous protestâmes au nom du protocole du 28 janvier 1884, en particulier des articles 3 et 7. Nous nous dressons aujourd'hui contre la nouvelle éviction qu'on veut tenter à propos du Conseil de Prud'hommes qui est une violation flagrante du protocole précité.

« Il semble que l'on ne fait pas de façons à Tunis en fait de modifications empreintes d'ostracisme vis-à-vis des Italiens, qui sont cependant pourvus de garanties, dont, avec une désinvolture édifiante, on ne tient aucun compte, puisqu'on laisse de côté le consentement du Gouvernement italien qui est cependant inattaquable en matière de nouvelles juridictions ».

Le projet de loi qui avait fait couler tant d'encre allait devenir caduc malgré un rappel de la Résidence Générale en date du 1er décembre 1927.

En guise d'intermède signalons au passage une tentative pour le moins originale de création d'un Conseil de Prud'hommes indigène à Ksar-Hellal.

Le Cotrôleur civil de Sousse, voulant favoriser le développement de l'industrie locale du tissage et aplanir les différends entre patrons et ouvriers tisserands de cette localité, adresse le 13 novembre 1926 à la Résidence Générale un projet de création de Conseil de Prud'hommes indigène. A l'appel du Kahia [1] de Moknine, trois réunions professionnelles ont eu lieu à Ksar-Hellal en présence du Caïd de Monastir et du Directeur de l'Ecole d'Apprentissage où les propositions du Contrôleur civil furent agréées à l'unanimité. Aussi envoie-t-il à la Résidence son projet. Nous n'en noterons que les originalités. D'abord la nouvelle juridiction aurait eu le pouvoir d'ordonner l'exé-

(1) Kahia : substitut du caïd résidant dans une autre ville que celle où se trouve le siège du caïdat.

cution provisoire de ses décisions sans caution si la demande n'excédait pas 500 francs et avec caution au-dessus.

Chose plus curieuse en cas de détournement d'apprentis, ce Conseil de Prud'hommes aurait été « chargé de statuer sur les réclémations dirigées contre des tiers » [1].

Enfin, le Conseil, « en présence de faits graves, a le droit de prononcer une peine de prison variant de 24 à 48 heures à la première infraction, avec sursis s'il le juge à propos, de 3 jours à la première récidive et à la transmission du dossier à l'autorité judiciaire locale à la deuxième récidive ». Ce dernier texte est si éloquent que nous n'entreprendrons même pas de le commenter.

La trop grande facilité que l'on a pour légiférer en Tunisie permet évidemment d'assez grandes fantaisies, mais malgré tout, l'administration ne pouvait laisser passer un tel projet. La Direction de l'Intérieur nota l'impossibilité d'accorder au Conseil le droit de juger des tiers et de statuer au pénal, et l'on n'en parla plus.

§ 3. — Projet de 1930

Le 6 janvier 1930 la Résidence Générale de Tunis, informée de la prochaine création de Conseils de Prud'hommes au Maroc, demandait à la Résidence Générale de ce Protectorat les textes promulgués ou en préparation. Cette documentation était envoyée avec une note le 30 janvier. Les Conseils de Prud'hommes étaient institués au Maroc par un dahir en date du 16 décembre 1929, qui ne rendait pas applicables les textes français en la matière, mais instituait les conseils par un document spécial, évidemment inspiré de la législation française. L'originalité du texte tenait essentiellement à la présidence du conseil par un juge de paix et au fait que seuls les français et françaises participaient au fonctionnement de l'institution dont la compétence s'étendait aux étrangers ayant renoncé aux capitulations et aux marocains dans leurs litiges avec des européens.

Le 3 février l'Administration tunisienne se posant la question de savoir si suivant cet exemple elle ne pourrait pas créer les Conseils de Prud'hommes par décret beylical demandait à la Résidence Générale de Rabat si elle n'avait rencontré dans sa procédure aucune opposition de la part du jurisconsulte du Département. Et le 27 février il lui était répondu que « l'on a toujours admis que le droit de ratifier les actes du Makhzen appartenait non au Parlement mais au Président de la République, qui tient sa compétence de l'article 8 de la loi constitutionnelle du 16 juillet 1875 ».

---

(1) Il est probable que ce paragraphe était destiné à satisfaire les patrons tisserands qui, aux moissons et aux vendanges, voient leurs apprentis déserter les ateliers pour les champs, où le travail est mieux rémunéré.

Le 28 février, M. Arthur Pellegrin dans « Tunis Socialiste » demandait que la Tunisie s'inspirât de l'exemple marocain.

Mais la Résidence Générale estimant que la procédure du décret beylical était impossible s'apprêtait à une seconde tentative parlementaire.

Le projet de loi de 1924 était remis à l'étude au point de vue démographique, le dernier recensement (20 avril 1926) était évidemment plus favorable avec 2.516 patrons et 9.034 ouvriers français à Tunis pour 331 des premiers et 1.550 des seconds à Bizerte.

Le 9 mai 1930, le Procureur de la République de Tunis donnait un nouvel avis, il envisageait cette fois la possibilité de faire appel à des assesseurs étrangers ou tunisiens comme pour le Tribunal Criminel, suggestion que la Résidence devait heureusement écarter, mais son avis était retenu sur divers points : pour éviter que, dans les villes où il ne serait pas formé de section commerciale, les litiges entre des commerçants et leurs employés n'allassent devant les tribunaux de droit commun, il fallait spécifier que les professions du commerce ne seraient pas obligatoirement réunies en une section spéciale: pour ne pas avoir à saisir le Parlement français d'un projet spécial à la Tunisie, il était utile de prévoir que les modifications apportées ultérieurement au taux de la compétence des Conseils de Prud' hommes pourraient être étendues à la Tunisie par un décret rendu en la forme des règlements d'administration publique.

Le 10 juillet 1930, l'ancien projet légèrement retouché était donc adressé au Département [1].

Notons qu'à cette époque l'Office du Travail [2] qui se chargeait amiablement des conciliations avait tranché 1.388 réclamations en 1925, 1.352 en 1926, 1.428 en 1927, 2.251 en 1928 et 2.675 en 1929.

Le projet était donc déposé le 11 février 1931 sous le n° 4.513.

Le 9 juin la Résidence demandait au Ministère une mise en discussion rapide, le 28 octobre elle renouvelait sa tentative auprès du député rapporteur. Ce devait être encore peine perdue.

Quel était le motif de ces deux échecs : indéniablement l'opposition du parti socialiste, à l'instigation des socialistes de Tunisie, qui n'admettaient pas l'exclusion des assesseurs indigènes, et l'incompétence pour les litiges entre indigènes.

---

(1) Rapport sur l'activité des Services du Protectorat, 1931, p. 175. Rapport sur l'activité des Services du Protectorat, 1932, p. 243.

(2) Un décret beylical du 30 décembre 1907 créait sous le nom d'Office du Travail un organisme chargé de recueillir tous renseignements sur l'organisation du travail en Tunisie, de dresser des statistiques, de préparer des rapports et d'assurer par les inspecteurs du travail l'exécution de la législation sociale.
Cet office, rattaché à la Direction de l'Agriculture, du Commerce et de la Colonisation (actuellement Direction des Affaires Economiques), a vu son organisation modifiée par un décret du 1er janvier 1936, et il est devenu le Service du Travail depuis le décret du 23 décembre 1936.

§ 4. — Projet de 1932

En octobre 1932, à la suite d'une note de la Résidence, M. Herriot, « qui n'avait accepté qu'à contre-cœur l'exclusion des indigènes de ces conseils », proposait d'instaurer la nouvelle juridiction par décret beylical afin d'éviter toute difficulté d'ordre politique.

Et le 7 janvier 1933, à la suite d'un rappel au Ministère, la question va être reprise sur cette nouvelle base et d'après cette procédure.

Un projet était élaboré, on ne pouvait plus, en effet, déclarer applicable à la Tunisie la législation française sous réserve de quelques dispositions spéciales, il fallait, comme dans le dahir marocain, promulguer un texte complet.

Le 19 janvier 1933, la Résidence signalait que dans son travail deux questions faisaient difficulté : la question de « l'ordre des compétences entre juridictions françaises et juridictions tunisiennes » et la question de l'électorat et de l'éligibilité des tunisiens.

En effet, la juridiction projetée empièterait sur la compétence des tribunaux français (le précédent du Tribunal Mixte institué lui aussi par décret ne peut être invoqué, car celui-ci a dépossédé non la juridiction française, mais le Tribunal du Charâa). Où iront d'ailleurs les appels formés contre les décisions des conseils. En ce qui concerne l'électorat et l'éligibilité des Tunisiens, c'est presque le suffrage universel qu'il faut instituer.

Le 13 mars 1933, l'Administration envisage de s'en tenir pour les patrons aux listes électorales des Chambres de Commerce indigènes et pour les ouvriers à une liste réduite d'ouvriers qualifiés, établie par les caïds : le Gouvernement choisirait entre les ouvriers, élus en nombre double des places à pourvoir.

Le Président du Tribunal de Tunis, consulté sur le projet, signale la difficulté de porter devant le Tribunal Civil (juridiction française) l'appel d'un jugement rendu par une juridiction tunisienne.

Le 12 mai, la Chancellerie consultée officieusement sur cette difficulté demande à être saisie officiellement. La Résidence, prévoyant l'échec, se demande s'il ne faudra pas en venir à créer à la fois des Conseils de Prud'hommes tunisiens et des Conseils français.

Le 20 mai, le Président du Tribunal fait connaître qu'à son avis la Chancellerie n'admettrait pas que le Tribunal de Tunis devînt Tribunal d'Appel d'une juridiction tunisienne et propose, pour tourner la difficulté et ôter le caractère tunisien au Conseil, de faire prendre un décret présidentiel en Conseil d'Etat qui confère en Tunisie la présidence des Conseils de Prud'hommes aux juges de paix et leur donne en la matière la compétence prévue par les articles 78 et suivants de la loi de 1924.

Si nous comprenons bien l'intention de ce projet un peu subtil, c'était l'adoption en Tunisie du système marocain, c'était donner au Président de la République le pouvoir législatif en Tunisie, d'accord avec l'Administration beylicale. Le Président dans son décret prend les mesures qui confèrent au Conseil de Prud'hommes le caractère de tribunal français, l'organisation de l'institution est confiée au pouvoir local, ce qui escamote la difficulté.

Le 15 juillet, la Résidence envoie au Ministère des Affaires Etrangères un projet de décret beylical et un projet de décret présidentiel pour communication officielle aux Ministres de la Justice et du Travail.

Le 21 août, les Affaires Etrangères signalaient que les Ministères du Travail et de la Justice n'avaient fait aucune objection et que le Garde des Sceaux se disposait à saisir le Conseil d'Etat. En réponse, la Résidence demandait au Ministère de vouloir bien hâter, en ce qui dépendait de lui, la consultation du Conseil d'Etat en raison des promesses faites aux représentants des ouvriers de Tunisie. Mais, le 30 octobre, la Résidence était avertie officieusement de l'avis du Conseil d'Etat : celui-ci estimait que l'on ne pouvait modifier par décret la compétence des juridictions françaises, et n'attachait pas grande valeur à l'argument d'après lequel il n'y aurait pas de dépossession de ces juridictions, puisque le juge de paix continuerait à en connaître en qualité de Président du Conseil de Prud'hommes.

Dans une lettre du 2 décembre 1933, la Résidence envisageait de nouveau la procédure parlementaire.

Le projet ne devait être repris qu'en 1936.

§ 5. — **Projet de 1936 — Loi de 1939**

Le 11 juillet 1936, le Secrétaire général du Gouvernement Tunisien reprenait donc la question et proposait soit le dépôt sur le bureau de la Chambre d'un projet de loi instituant les Prud'hommes, soit un projet de loi « conférant au Président de la République délégation permanente et pouvoirs à l'effet de légiférer par décrets sur toutes modifications ou additions qu'il jugerait utile d'apporter aux codes métropolitains ou autres lois françaises applicables devant les tribunaux français de la Régence, délégation qui lui permettrait de prendre aussitôt un décret, instituant en Tunisie des Conseils de Prud'hommes ».

Ce second projet était l'institution dans la Régence du système législatif marocain. Mais le Département estima « qu'un tel projet de loi risquerait d'être mal interprété par le Parlement, qui pourrait le considérer comme une atteinte aux prérogatives essentielles qui lui

appartiennent en matière législative », et par lettre du 29 septembre 1936 il demanda l'envoi d'un exposé des motifs à l'appui du projet de loi.

Le projet est de nouveau examiné, on se pose encore une fois la question de l'admission d'assesseurs étrangers que l'on finit par écarter; de légères modifications sont encore apportées au texte de 1933, et le 30 novembre 1936 le projet de loi définitif est envoyé avec un exposé des motifs au Ministère des Affaires Etrangères.

Ce projet, voté le 18 février 1939 à la Chambre et le 28 mars au Sénat, était promulgué le 19 avril 1939 et paraissait au « Journal Officiel » du 21 avril 1939.

CHAPITRE II

LES COMMISSIONS ARBITRALES DU TRAVAIL

Le Gouvernement du Protectorat était impatient de marquer son intérêt pour les réformes sociales. Aussi sans attendre que fut votée la loi instituant les Conseils de Prud'hommes en Tunisie, il décidait de créer des Commissions Arbitrales pour juger les conflits nés de la rupture d'un contrat de travail. Nous ne jugerons pas ici cette institution, simple démembrement du Conseil de Prud'hommes dont elle a une petite partie de la compétence, nous réservant d'examiner et la légalité du texte et son utilité, dans le dernier chapitre de notre étude. Il nous suffit de préciser que cette juridiction a été instituée, sans avoir fait l'objet de travaux préparatoires quelconques, par décret du 17 décembre 1936.

L'article 1er instituait deux degrés de juridiction : la Commission Arbitrale du 1er degré dont les décisions devaient aller en appel devant une Commission Arbitrale du 2e degré. La compétence *ratione materiae* est limitée à « toute contestation portant sur la rupture d'un contrat de travail sous quelque forme que ce contrat ait été conclu, lorsque la rémunération annuelle de l'employé est inférieure à 25.000 francs ».

Les commissions ainsi instituées sont-elles compétentes pour les litiges qui s'élèvent entre des agriculteurs et leurs ouvriers ?

Après quelques hésitations, la jurisprudence a décidé que non [1] en s'appuyant sur les arguments suivants :

Il est vrai que l'article 1er semble, par sa portée générale, ne pas exclure ces litiges, mais nous avons là un texte instituant une juridiction d'exception. Il est donc logique de n'envisager qu'une compétence restreinte et, devant l'imprécision de la formule employée, il faut rechercher la volonté du législateur.

Or, d'une part, sur les listes d'arbitres ne figurent aucun patron et aucun ouvrier de l'agriculture: d'autre part, ces commissions ne sont que la préfiguration des Conseils de Prud'hommes, qui doivent les remplacer, et le projet sur les Conseils de Prud'hommes en Tunisie exclut les conflits agricoles: comme la compétence des Commissions Arbitrales, juridiction provisoire, ne peut être plus éten-

(1) La première décision d'incompétence en cette matière a été rendue le 29 septembre 1938 par la Commision Arbitrale de Tunis, Canton Sud.
Le 6 février 1939, la même juridiction se déclarait incompétente à l'égard des gens de maison.

due que celle de la juridiction définitive, il faut en conclure que les conflits agricoles ne sont pas de la compétence des Commissions Arbitrales.

Lorsque l'une des parties est justiciable des tribunaux français, la Commission du 1er degré est présidée par le juge de paix du lieu d'exécution du contrat, celle du 2e degré par un juge désigné par le Président du Tribunal Civil du lieu d'exécution du contrat et les arbitres sont français.

Lorsque les deux parties sont justiciables des tribunaux tunisiens, la Commission du premier degré est présidée par le Président du Tribunal régional du lieu d'exécution du contrat, celle du deuxième degré par un Président de l'une des Chambres Civiles de l'Ouzara [1] et les arbitres sont tunisiens.

Au cas où les Présidents des Commissions Arbitrales seraient absents ou empêchés, il est pourvu à leur remplacement par le Président du Tribunal Civil ou le Chef du Parquet tunisien et des Services Judiciaires de droit commun, selon que la compétence appartient à la juridiction française ou à la juridiction tunisienne.

Le ressort de chacune des Commissions Arbitrales est celui de la circonscription judiciaire ordinaire.

Article 2. — « Il est institué, au siège de chaque justice de paix, pour les contestations relevant de la compétence de la juridiction française, et au siège de chaque tribunal régional, pour les contestations ressortissant à la juridiction tunisienne, une Commission Arbitrale du 1er degré. Cette Commission Arbitrale comprend, sous la présidence du magistrat désigné dans les conditions prévues à l'article précédent, quatre arbitres choisis sur une liste établie conformément aux dispositions ci-après ».

C'est la reprise, comme on le voit, de l'organisation du Conseil des Prud'hommes de Tunisie, un magistrat professionnel, président, est assisté de deux assesseurs patrons et de deux assesseurs ouvriers qualifiés du nom d'arbitres.

Le premier paragraphe de l'article 3 a été modifié une première fois le 4 février 1937 et sa rédaction actuelle lui a été donnée par un décret du 28 juin 1937.

La première rédaction prévoyait dans chacune des 5 régions [2] une liste de 10 assesseurs patrons et de 10 assesseurs employés, français et tunisiens. Ce nombre était insuffisant, aussi la seconde rédaction prévoyait-elle des listes comprenant davantage d'assesseurs

---

(1) Ouzara : tribunal indigène d'appel et de cassation siégeant à Tunis.

(2) Bizerte, Tunis, Le Kef, Sousse et Sfax.

et il devait y avoir une liste double non plus par région, mais par juridiction.

Enfin ce paragraphe recevait la rédaction suivante :

Article 3. — « Au siège de chaque justice de paix, il est établi deux listes formées, l'une d'employeurs français, l'autre d'un même nombre d'employés français appelés à siéger dans les Commissions Arbitrales du premier degré. Chaque liste comprendra au maximum 36 noms et au minimum 6.

« Au siège de chaque Tribunal Régional, il est établi, dans les mêmes conditions, deux listes d'employeurs et d'employés tunisiens.

« Au siège de chaque Tribunal Civil, il est établi deux listes formées, l'une d'employeurs français, l'autre d'un même nombre d'employés français, appelés à siéger dans les Commissions Arbitrales du 2e degré. Chaque liste comprendra au maximum 10 noms et au minimum 5.

« Deux listes formées, l'une de 5 à 10 employeurs tunisiens et l'autre de 5 à 10 employés tunisiens sont établies également au siège du Tribunal de l'Ouzara.

« Ces listes sont dressées, dans les huit jours de la publication du présent décret, par Notre Directeur des Affaires Economiques, sur la proposition des groupements les plus représentatifs d'employeurs et d'employés de chaque région. Elles sont établies pour la durée de deux ans, publiées au « Journal Officiel Tunisien » et affichées au siège de chaque Commission Arbitrale.

« Les arbitres, français ou tunisiens, doivent être âgés de 25 ans au moins, jouir de leurs droits civils et n'avoir subi aucune peine effective du chef des crimes et délits énumérés à l'article 8 de l'arrêté résidentiel du 10 mars 1928 et visés par le décret du 28 octobre 1935 ».

Le système on le voit est inspiré de celui qui sert à désigner certains arbitres dans les conflits collectifs, les désignations ici aussi sont faites par l'administration sur la proposition des syndicats les plus représentatifs.

L'article 4 prévoyait que la Confédération Générale du Patronat et l'Union des Syndicats désigneraient chacune un arbitre, les deux autres étant choisis par chacune des parties. Le décret du 28 juin 1937 l'a modifié.

Article 4. « Pour l'examen de chaque litige, la Commission est composée, sous la présidence du magistrat, de deux arbitres employeurs et deux arbitres employés.

« Les deux arbitres employeurs sont désignés directement par la Confédération Générale du Patronat. Les deux arbitres employés sont

désignés l'un par l'Union des Syndicats et l'autre par l'employé qui est partie au litige ».

Le patron ne désigne donc jamais d'arbitre.

Article 5. — « L'instance est introduite devant la Commission Arbitrale du 1er degré, soit par une déclaration verbale au Secrétariat de la Commission compétente et dont il est dressé aussitôt procès-verbal au Secrétariat de la Commission compétente, signé du requérant ou revêtu de son empreinte digitale s'il est illettré, soit par une lettre recommandée adressée au Secrétariat de cette même Commission, avec accusé de réception, et en indiquant avec l'objet de la demande, le nom de l'arbitre choisi par le demandeur.

« La demande soit, à peine de non recevabilité, être formulée ou adressée au Secrétariat de la Commission, dans un délai de deux mois à dater de la notification à l'intéressé de la décision mettant fin au contrat de travail.

« Si, dans les trois jours francs à compter de la déclaration ou de l'envoi de la demande, le demandeur n'a pas fait connaître le nom de l'arbitre choisi par lui, celui-ci est désigné par le Président de la Commission.

« Dès que le Président de la Commission est saisi par le demandeur, il en avise immédiatement le défendeur par lettre recommandée avec accusé de réception, en lui faisant connaître l'objet de la demande et en l'invitant à désigner son arbitre.

« Si, dans les trois jours francs de la réception de cette lettre, le défendeur n'a pas fait connaître, par lettre recommandée, l'arbitre choisi par lui, celui-ci est désigné par le Président de la Commission.

« Dans les mêmes délais et suivant la même procédure, le Président de la Commission provoque la désignation des deux arbitres choisis par la Confédération Générale du Patronat et l'Union des Syndicats ou, à défaut, procède lui-même à cette désignation ».

Le délai de recevabilité qui était originairement de 30 jours a été porté à 45 jours puis à 2 mois comme nous l'avons vu dans le texte.

Article 6. — « Le Président de la Commission convoque les parties, par lettre recommandée avec accusé de réception, au moins trois jours francs à l'avance.

« Les parties comparaissent en personne. Elles peuvent être assistées ou, en cas d'absence, représentées par un avocat inscrit à un barreau, par un avocat-défenseur ou, si l'affaire est de la compétence des Commissions Arbitrales tunisiennes, par un oukil admis près les juridictions tunisiennes ».

Article 7. — « Sauf motifs reconnus justifiés par le Président de la Commission Arbitrale, si l'une des parties, malgré une nouvelle

convocation faite au moins huit jours francs à dater de la première convocation et adressée par lettre recommandée avec accusé de réception, ne comparaît pas en personne ou par ses représentants, devant la Commission Arbitrale, celle-ci peut passer outre et procéder à l'arbitrage.

« La sentence ainsi rendue ne peut être frappée d'opposition et elle est exécutoire dans les mêmes conditions que les sentences contradictoires ».

Article 8. — « Avant l'ouverture de la séance de la Commission, les arbitres prêtent individuellement, devant le Président de la Commission, le serment de remplir leur devoir avec zèle et intégrité et de garder le secret des délibérations.

« En cas d'absence sans excuse jugée valable ou en cas de refus de service non justifié, l'arbitre sera condamné par le Président de la Commission à une amende de 100 francs au moins et de 300 francs au plus, sous réserve de l'application de la loi du 26 mars 1891, de l'article 463 du Code Pénal Français et de l'article 53 du Code Pénal Tunisien, modifié par Notre décret du 15 septembre 1923.

« Lorsque l'affaire est renvoyée à huitaine pour défaillance d'un ou de plusieurs arbitres, les mêmes arbitres sont convoqués à nouveau. S'il y a nouvelle défaillance, le Président de la Commission statue avec deux arbitres seulement, ceux désignés par la Confédération Générale du Patronat et l'Union des Syndicats. Au cas d'absence de l'un d'eux, le Président statue seul ».

Ce dernier alinéa a été modifié le 4 février 1937. Sous l'empire du texte originaire, le Président, en cas de nouvelle défaillance d'un arbitre, devait renvoyer à huitaine et désigner d'office un arbitre.

Article 9. — « Chaque partie pourra récuser les assesseurs désignés par la partie adverse dans les cas suivants :

« 1° Quand ils auront un intérêt personnel à la contestation;

« 2° Quand ils seront parents ou alliés de l'une des parties, en ligne directe ou en ligne collatérale jusqu'au 4e degré inclusivement, ou quand ils seront parents entre eux dans les mêmes conditions;

« 3° Si, dans l'année qui a précédé la récusation, il y a eu action judiciaire, civile ou pénale, entre eux et l'une des parties ou son conjoint ou ses parents et alliés en ligne directe;

« 4° S'ils sont patrons, ouvriers ou employés de l'une des parties en cause;

« 5° S'ils ont donné un avis écrit dans l'affaire;

« 6° S'ils sont créanciers ou débiteurs d'une des parties en cause.

« La récusation devra être formée avant tout débat, suivant déclaration signée par la partie qui entend la former, ou revêtue de son empreinte digitale si elle est illettrée.

« Il sera statué immédiatement par le Président et, en cas de rejet de la récusation, il sera passé outre. Dans le cas contraire et si la Commission n'est pas valablement constituée, une nouvelle date de comparution est fixée ».

Article 10. — « Au jour fixé par la citation, la Commission arbitrale du 1er degré entend les parties et tente de les concilier.

« La conciliation fait l'objet d'un procès-verbal qui a force exécutoire.

« A défaut de conciliation, la Commission Arbitrale rend sa sentence.

« Les audiences sont publiques, mais à la demande de l'une des parties, la Commission peut décider que les débats auront lieu dans le cabinet du Président de la Commission.

« Les décisions que rend la Commission sont sommairement motivées et doivent être rendues en audience publique. La Commission peut ordonner des enquêtes comme en matière sommaire ».

Article 11. — « Chacune des parties peut, dans un délai de 8 jours francs à dater de la notification qui lui est faite de la décision de la Commission Arbitrale du 1er degré, faire appel de la dite décision devant la Commission Arbitrale du 2e degré.

« Toutefois, ne sont pas suceptibles d'appel les décisions des Commissions Arbitrales du 1er degré statuant sur des demandes inférieures à 2.000 francs.

« L'appel est formé par lettre recommandée avec accusé de réception, adressée au Président de la Commission Arbitrale du 1er degré qui la transmet au Président de la Commission Arbitrale du 2e degré, en y joignant le texte de la décision attaquée ».

Le texte du 2e alinéa, dans sa première rédaction, ne permettait de statuer en dernier ressort que si la demande ne portait que sur des dommages et intérêts.

Article 12. — « Il est institué, au siège de chaque Tribunal Civil, pour les contestations relevant de la compétence de la juridiction française et, au siège du Tribunal de l'Ouzara, pour les contestations relevant de la juridiction tunisienne, une Commission Arbitrale du 2e degré, présidée, comme il est indiqué à l'article 1er, et composée de quatre arbitres choisis sur la liste établie conformément à l'article 3.

« La désignation des arbitres ainsi que la procédure devant la Commission Arbitrale du 2e degré ont lieu conformément aux dispositions des articles 4 à 10 inclus du présent décret, le Président de

la Commission Arbitrale du 2e degré étant substitué au Président de la Commission Arbitrale du 1er degré pour exercer les fonctions confiées à celui-ci par les dits articles.

« Toutefois, la Commission Arbitrale du 2e degré statue sans qu'il soit procédé auparavant à la tentative de conciliation prévue au § 1er de l'article 10 du présent décret ».

Article 13. — « Les arbitres ne peuvent connaître comme membres de la Commission Arbitrale du 2e degré des différends qu'ils ont examinés comme membres de la Commission Arbitrales du 1er degré ».

Article 14. — « Toute décision sera notifiée aux parties par le Secrétaire de la Commission, par lettre recommandée avec accusé de réception, dans les trois jours de la décision ».

Article 15. — « Les décisions des Commissions Arbitrales instituées par le présent décret sont définitives, sous réserve de l'appel prévu à l'article 11 et sauf pourvoi en cassation suivant les règles de droit commun admises pour l'exercice et les effets de cette voie de recours.

« Le pourvoi en cassation n'est pas suspensif ».

Article 16. — « Les décisions des Commissions Arbitrales comportent la formule exécutoire prévue par les Codes français ou tunisien de procédure civile ».

Article 17. — « Un greffier ou un commis-greffier dont les émoluments seront fixés par arrêté du Secrétaire général du Gouvernement tunisien assure le secrétariat de chaque Commission.

« Le Secrétaire tient registre sur papier non timbré, coté et paraphé par le Président, pour mentionner tous les actes d'une nature quelconque, décisions et formalités auxquels donne lieu l'exécution du présent décret.

« Les copies pour extrait, certifiées conformes, seront, en cas de pourvoi, jointes au dossier.

« Les décisions portées sur le registre prévu au paragraphe précédent seront signées du Président et du Secrétaire. Les grosses et expéditions seront délivrées par le Secrétaire ».

Article 18. — « La procédure devant les Commissions Arbitrales instituées par le présent décret est dispensée de tous frais.

« Les décisions ainsi que les extraits copies, grosses ou expéditions qui en seront délivrés et, généralement, tous les actes de procédure auxquels donnera lieu l'application du présent décret sont

visés pour timbre et enregistrés gratis. Ils porteront la mention expresse qu'ils sont faits en exécution du présent décret.

« Toutefois, au cas où les parties produiraient à l'appui de leurs prétentions soit des actes non enregistrés et qui seraient du nombre de ceux dont les lois ordonnent l'enregistrement dans un délai déterminé, soit des actes et titres rédigés sur papier non timbré, contrairement aux prescriptions des lois sur le timbre, la Commission Arbitrale devrait, conformément aux décret des 19 et 20 avril 1912, ordonner d'office le dépôt au secrétariat de ces actes pour y être immédiatement soumis à la formalité de l'enregistrement ou du timbre ».

Article 19. — « Les arbitres ont droit, en cas de déplacement, aux indemnités attribuées aux magistrats du Tribunal Mixte ».

Article 20. — « La reproduction des débats par la voie de la presse est interdite ».

Article 21. — « En cas de plainte en prévarication, de prise à partie contre les membres des Commissions Arbitrales, il est procédé, dans les conditions, formes et délais prévus par les lois françaises ou tunisiennes à l'encontre des fonctionnaires de l'ordre judiciaire.

« Les articles 126, 127 et 185 du Code Pénal Français et les articles 107 et 108 du Code Pénal Tunisien sont applicables aux Commissions Arbitrales et à leurs membres individuellement ».

Article 22. — « Peut être déférée aux Commissions Arbitrales instituées par le présent décret toute contestation portant sur la rupture d'un contrat de travail antérieure à la publication du présent décret, sans, toutefois, que la décision mettant fin au contrat de travail et donnant lieu à contestation puisse être antérieure au 1er juillet 1936.

« Les demandes introduites par application du présent article doivent, à peine de non recevabilité, être formulées ou adressées au Secrétariat de la Commission Arbitrale, dans le délai de trente jours à dater de la publication au « Journal Officiel » des listes d'arbitres désignés pour siéger dans cette Commission ».

Article 23. — « Les dépenses résultant du fonctionnement des Commissions Arbitrales seront imputées sur les crédits correspondants inscrits au budget ».

Article 24. — « Les dispositions du présent décret cesseront d'avoir effet dans les circonscriptions judiciaires où pourront être créés des Conseils de Prud'hommes, à dater du fonctionnement de ces conseils ».

Le décret du 28 juin, outre les modifications des articles que nous avons signalés, a précisé le mode de désignation des experts par son article 4 :

Article 4. — « Les Présidents des Commissions Arbitrales des deux degrés seront tenus, avant le 15 de chaque mois, d'aviser la Confédération Générale du Patronat et l'Union des Syndicats du nombre et des dates des audiences qui seront tenues au cours du mois suivant, en indiquant, en outre, pour chacune d'entre elle le rôle qui aura été établi en groupant, dans la mesure du possible, les affaires intéressant une même profession.

« Dans les 10 jours de la réception de cet avis, les organisations patronales et ouvrières susvisées devront faire connaître aux Présidents des Commissions Arbitrales compétentes le nom des arbitres qu'elles auront choisis, par application de l'article 2 du présent décret, pour connaître d'une ou plusieurs des affaires inscrites au rôle, conformément aux dispositions de l'alinéa précédent. Les arbitres ainsi choisis seront directement avisés par ces organisations de leur désignation et de la date des audiences auxquelles ils seront appelés à composer les Commissions Arbitrales.

« L'Union des Syndicats indiquera, en outre, au Président de la Commission Arbitrale compétente, pour chacune de ces audiences, les noms de 3 employés au moins et 6 au plus qui devront y être présents et parmi lesquels s'exercera, au moment même où chaque affaire sera appelée, le choix de l'arbitre désigné par l'employé partie au litige ».

Mais dès les premiers mois on avait reconnu l'impossibilité de trouver auprès de chaque juridiction et même dans la ville la plus importante de la Régence, à Tunis, des personnes réunissant le minimum de conditions que les syndicats ouvriers eux-mêmes estimaient nécessaires pour leur confier la mission d'arbitre; on en venait à reconnaître que l'on ne pouvait trouver un nombre suffisant d'arbitres ouvriers assez intelligents et assez instruits, pour faire fonctionner les nouvelles juridictions en dehors des groupements de fonctionnaires. De là a découlé le décret du 29 avril 1937 :

Article premier. — « L'article 3 de Notre décret du 17 décembre 1936, modifié par celui du 4 février 1937, est ainsi interprété : « Les fonctionnaires, agents et ouvriers des Services publics de l'Etat, des régions, communes, offices et établissements publics, ainsi que les personnels des réseaux des chemins de fer et autres services concédés ou subventionnés, peuvent être inscrits sur les listes d'employeurs et d'employés appelés à siéger dans les Commissions Arbitrales ».

Article 2. — « Le présent décret portera effet de la date d'application de Notre décret du 17 décembre 1936 ».

Il est inutile de dire que les fonctionnaires n'ont jamais été désignés que comme arbitres ouvriers.

Un degré supplémentaire de conciliation a été ajouté à la procédure par le décret beylical du 14 novembre 1940, qui a institué une Commission de contrôle des licenciements. Cette Commission, composée d'un fonctionnaire des Affaires Economiques, Président, et de deux assesseurs (un employeur et un employé de la corporation) désignés par le Secrétaire général du Gouvernement Tunisien, a pour mission de concilier les parties; si elle y parvient, son procès-verbal a force exécutoire. Elle a le droit, sous l'obligation du secret professionnel, d'exiger de l'employeur la justification de la situation de son entreprise.

La procédure des Commissions Arbitrales du travail a été modifiée pour la durée des hostilités par un décret beylical en date du 13 février 1941. La situation des syndicats patronaux et ouvriers, l'impossibilité de laisser en fonction de très nombreux assesseurs ouvriers, par suite de la promulgation du décret du 30 novembre 1940 sur le statut des juifs, imposait la modification de la procédure, sous peine de ne plus pouvoir réunir les Commissions, faute d'arbitres.

Ce décret a permis aux magistrats présidents des Commissions de statuer seuls, ce sont : pour les Commissions du premier degré, les juges de paix ou les Présidents des Tribunaux Régionaux; pour les Commissions du deuxième degré, les Présidents des Tribunaux Civils (ou leurs délégués) ou le Président de l'une des Chambres civiles de l'Ouzara.

Le législateur a également eu pour but, ainsi qu'il l'expose dans le préambule du décret, d'accélérer la solution des litiges pendants devant les Commissions Arbitrales.

Les juges de paix sont donc de nouveau compétents pour connaître de ces litiges, mais ce n'est pas en vertu de leur compétence ordinaire, et ils doivent suivre la procédure spéciale du décret du 17 décembre 1936.

Conséquence curieuse, il existe maintenant en Tunisie un juge unique, délégué du Président du Tribnal, qui connait en appel de certaines décisions du juge de paix.

Nous examinerons dans le dernier chapitre de notre étude la légalité du décret du 17 décembre 1936, la valeur de la nouvelle juridiction et les résultats qu'elle a donnés.

CHAPITRE III

L'ARBITRAGE OBLIGATOIRE

La juridiction française de l'arbitrage obligatoire a été instituée en Tunisie par le décret du 4 mars 1937.

L'article 1er prescrit de soumettre aux procédures de conciliation et d'arbitrage, avant toute grève ou tout lock-out, tous les différends collectifs du travail qui surviendraient dans l'industrie, le commerce et les professions libérales.

Ce texte, reproduction de l'article 1er de la loi du 31 décembre 1936, n'appelle qu'une seule observation : son champ d'application a été étendu aux professions libérales, omises par les législateurs français.

Ce texte paraissait à un moment ou les troubles sociaux étaient constants, il fallait donc appliquer cette loi « de paix sociale » aux conflits en cours, c'est ce qu'a fait le législateur tunisien en l'article 2, à l'exemple du Parlement : « Est également soumis aux dites procédures le règlement des conflits déjà survenus. En ce qui concerne les conflits en cours, la mise en mouvement de ces procédures entraînera de plein droit, pour toutes les parties, l'obligation de reprendre le travail ».

Les alinéas 3, 4 et 5 de la loi française prévoyaient des mesures provisoires pour assurer d'urgence la reprise du travail, cette partie du texte n'a pas été reprise en Tunisie. En l'absence de travaux préparatoires, il nous est impossible d'en trouver la raison.

Et ici commencent les divergences. On sait que, par la loi du 31 décembre 1936, le Gouvernement obtenait le pouvoir de régler pendant 6 mois la procédure de l'arbitrage à défaut de conventions entre les parties litigantes. En Tunisie, nous n'avons pas affaire à une expérience, à une législation d'essai : l'Administation de la Régence fixe directement par décret beylical, ayant du fait du contreseing résidentiel force de loi, la procédure de l'arbitrage obligatoire, mesure supplétive comme en France, car elle ne s'applique qu'à défaut de convention collective. Et notre texte va s'inspirer du décret du 16 janvier 1937, relatif aux procédures de conciliation et d'arbitrage.

De la conciliation

Article 3. — « Lorsqu'un différend collectif du travail, de quelque nature qu'il soit, n'a pu être réglé par les parties, ce différend, à défaut de convention collective fixant les règles de conciliation et d'ar-

bitrage, est, à la demande de la partie la plus diligente et, le cas échéant, par le Contrôleur civil, porté devant une Commission de Conciliation du premier degré.

« Toute demande doit préciser l'objet du différend et désigner les parties en conflit ».

A la Commission départementale française correspond donc, en Tunisie, une Commission dite du premier degré, et le Contrôleur civil est très normalement substitué au préfet.

Article 4. — « La Commission de Conciliation du premier degré, présidée par le Contrôleur civil ou son représentant, est composée, en nombre égal, d'employeurs et de salariés. Le nombre des membres de chaque catégorie est fixé par le Contrôleur civil. Il peut varier de 3 à 5 avec un nombre égal de suppléants. Les membres titulaires et suppléants sont désignés par le Contrôleur civil et choisis parmi les représentants des organisations syndicales, patronales ou ouvrières les plus représentatives des entreprises intéressées ou, à défaut d'organisation syndicale, des chefs de ces entreprises et des délégués du personnel.

« Un inspecteur du travail ou, le cas échéant, un fonctionnaire chargé du contrôle du travail pour l'entreprise intéressée, peut assister aux séances de la Commission avec voix consultative.

« Un délégué de chacune des unions les plus représentatives de syndicats patronaux et ouvriers peut être admis dans les mêmes conditions ».

Cette rédaction appelle deux observations en regard de l'article 3 du décret français.

On a été obligé de prévoir le cas où il n'existerait pas d'organisations syndicales et on a décidé dans ce cas de faire appel aux chefs d'entreprise et aux délégués du personnel.

D'autre part, notons l'emprise qu'avaient à l'époque sur l'Administration les unions de syndicats les plus importantes, puisqu'elles étaient parvenues à se faire réserver aussi bien du côté patronal que du côté ouvrier un siège avec voix consultative. Elles prévoyaient évidemment le cas où les syndicats des parties ne leur auraient pas été affiliés.

Article 5. — « En cas de différend collectif s'étendant sur le territoire de plusieurs contrôles, le siège, le ressort et la composition de la Commission du premier degré, constituée d'après les principes établis à l'article précédent, sont fixés par le chef d'Administration compétent... ».

Nous n'avons là qu'une réplique de l'article 4 du texte français.

Article 6. - « A défaut de solution du conflit dans les quatre jours francs à dater de la réception par le Contrôleur civil de la demande prévue à l'article 3 du présent décret, le différend est, à la requête de la partie la plus diligente ou, le cas échéant, du Contrôleur civil ayant présidé la Commission du premier degré, porté devant une commission dite Commission Supérieure de Conciliation. Cette Commission est formée sous la présidence du chef d'Administration compétent ou de son représentant, d'un nombre égal d'employeurs et de salariés choisis par chacune des unions les plus représentatives de syndicats patronaux et ouvriers. Elle peut entendre les représentants des parties et des organisations professionnelles auxquelles elles appartiennent ».

Article 7. — « Si la Commission de Conciliation ne peut régler le différend dans les 4 jours francs, elle dresse un procès-verbal précisant les points sur lesquels persistent les désaccords et invite les parties à désigner soit un arbitre commun, soit chacune un arbitre ».

Dans ces 2 articles sont condensés les articles 5, 6 et 7 du décret français et le législateur a supprimé un degré de conciliation, sa Commission Supérieure de Conciliation représentant les Commissions Mixte paritaire de Conciliation et la Commission Nationale Interprofessionnelle de Conciliation. Les délais étant les mêmes, on doit arriver, grâce à ce degré de juridiction en moins, 4 jours plus tôt devant le ou les arbitres.

De l'arbitrage

Article 8. — « Dans les huit jours de la publication du présent décret, chacune des unions les plus représentatives de syndicats patronaux et ouvriers adresse au Directeur des Affaires Economiques une liste de 10 à 15 personnes ».

Article 9. — « Si dans un délai de deux jours francs, à défaut d'accord entre les parties pour la désignation d'un arbitre commun, l'une des parties refuse de désigner son arbitre dans le même délai, le chef d'Administration compétent le choisit, selon le cas, sur l'une ou l'autre des deux listes transmises au Directeur des Affaires Economiques dans les conditions fixées à l'article précédent.

« Lorsque ces listes n'ont pas été adressées au Directeur des Affaires Economiques, le choix de l'arbitre appartient au chef d'Administration compétent ».

Ceci n'est que la reproduction des articles 8 et 9 du texte français

Article 10. — « Si les arbitres ne peuvent se mettre d'accord dans un délai de 3 jours francs pour rendre la sentence arbitrale ou pour

désigner un surarbitre, le Résident Général désigne ce surarbitre sur la proposition du chef d'Administration compétent.

« Le surarbitre doit rendre sa sentence dans les 3 jours de sa désignation ».

Notons ici que le Résident Général a, en Tunisie, plus de liberté que le Président du Conseil en France puisqu'il choisit librement le surarbitre sans être obligé de le prendre sur une liste préétablie par accord des unions de syndicats patronaux et ouvriers.

L'article 11 sur les fonctions des arbitres et des surarbitres reproduit à peu près les articles 5 et 6 de la loi du 31 décembre 1936 :

« Les arbitres et surarbitres ont les pouvoirs d'amiables compositeurs.

« La sentence arbitrale est motivée et sans appel.

« Elle est obligatoire.

« Elle est rendue publique.

« L'arbitrage aura pour effet d'établir un règlement équitable des conditions du travail en vue de créer aux lieux d'emploi une atmosphère de collaboration, dans le respect des droits mutuels des parties : droit de propriété, droit syndical, liberté individuelle, liberté du travail, liberté syndicale »

Article 12. — « Les fonctions d'arbitre et de surarbitre ne comportent aucune rémunération ».

Dispositions communes

Article 13. — « Lorsque le différend a été résolu devant l'une des Commissions de Conciliation prévues au présent décret, le procès-verbal contenant les clauses de l'accord est transmis sans délai par le Président de la Commission au Directeur des Affaires Economiques.

« La minute de la sentence arbitrale est adressée par les arbitres ou, le cas échéant, par le surarbitre au Directeur des Affaires Economiques dans les deux jours suivant la communication de la sentence aux parties.

« Copie de ces procès-verbaux et de ces sentences est adressées par le Directeur des Affaires Economiques aux autres Directeurs intéressés, s'il y a lieu, et au Contrôle civil du contrôle dans lequel le conflit est né ».

Article 14. — « Les dispositions relatives à l'arbitrage contenues dans le présent décret sont applicables dans tous les cas où une convention collective n'a fixé que les règles d'une procédure de conciliation ».

Nous avons vu que la législation tunisienne par son extension aux conflits survenus dans les professions libérales et par les pouvoirs

du Résident Général était en avance sur la législation française, un décret beylical du 22 avril 1937 devait anticiper encore plus en assimilant certaines sentences à des conventions collectives ayant fait l'objet d'un arrêté d'extension et en édictant des sanctions en cas d'inobservation de ces règles.

Article premier. — « Lorsqu'un conflit collectif du travail, surgi entre organisations syndicales patronales et ouvrières les plus représentatives d'une branche d'industrie ou de commerce a pris fin par application de la procédure de conciliation et d'arbitrage prévue par le décret du 4 mars 1937 et lorsque l'effet de l'accord intervenu ou de la sentence arbitrale est de modifier, compléter ou interpréter les dispositions d'une convention collective rendue obligatoire à toute la profession par un arrêté d'extension, cet accord ou cet arbitrage est lui même obligatoire dans les mêmes conditions à dater de la publication qui en sera faite au « Journal Officiel ».

Nous avons ici la violation la plus flagrante de l'effet relatif de la chose jugée [1].

Article 2. — « Les articles 15 à 19 inclus du décret du 20 avril 1921 sur le repos hebdomadaire seront applicables lorsque les chefs d'entreprise, directeurs ou gérants auront contrevenu aux dispositions des conventions collectives, accords ou sentences arbitrales concernant les salaires et les indemnités pour charges de famille, si ces conventions accords ou sentences sont obligatoires pour leurs établissements conformément aux articles 6 du décret du 4 août 1936 et 1er du présent décret.

« Toutefois, l'amende simple sera de 16 à 100 francs, elle sera appliquée autant de fois qu'il y aura dans l'entreprise d'employés ou d'ouvriers payés à des taux inférieurs à ceux fixés, sans que ces amendes réunies puissent s'élever au-dessus de 1.000 francs ».

Le législateur tunisien, continuant à devancer la législation du pays protecteur, par le décret du 29 avril 1937, instituait l'arbitrage obligatoire en matière agricole avec cette fois, il est vrai, une prudence que nous comprendrons mieux en examinant le milieu tunisien.

Ce décret visait d'abord à fixer des salaires minima dans l'agriculture, mais son article 3 décidait que « toute difficulté surgie entre employeurs et ouvriers, susceptible de provoquer un conflit du travail, doit être présentée, par l'une ou par l'autre des parties, au Contrôleur civil qui s'efforcera d'aboutir à une conciliation.

« Si dans les 4 jours, le Contrôleur civil n'est pas parvenu au règlement amiable du différend, il saisit d'office le juge de paix, ou si toutes les parties sont tunisiennes le Président du Tribunal régional qui arbitre directement le litige.

---

(1) *Infra*, p. 89.

« L'arbitre a tous les pouvoirs conférés par le décret beylical du 4 mars 1937 au surarbitre dans les conflits survenus dans les professions commerciales ou libérales.

« Ces procédures de conciliation et d'arbitrage sont obligatoires pour toutes les parties avant toute grève ou lock-out ».

Voilà certes une procédure particulière, dans un pays agricole de grandes propriétés, où bien souvent les parties ne sont pas de la même race, on a éprouvé le besoin de confier la conciliation à l'autorité administrative et l'arbitrage à l'autorité judiciaire.

L'Administration a, d'ailleurs, utilisé ce texte d'une manière originale : elle a interprété le début de l'article 3 comme lui donnant le droit de régler par arbitrage non seulement les conflits collectifs, mais aussi les conflits individuels. Interprétation évidemment abusive, le mot « collectif » est sous-entendu après le mot conflit. Mais le résultat semble avoir été très heureux, les ouvriers agricoles sont satisfaits d'éviter un procès, de soumettre leur litige à un fonctionnaire français qui examine immédiatement la question en équité et donne d'autorité une solution. Cela a son petit air de justice patriarcale qui convient parfaitement aux mœurs campagnardes tunisiennes.

On sait qu'en France l'arbitrage obligatoire ne devait pas s'étendre aux services concédés.

Le 17 décembre 1936, M. le sénateur Boivin-Champeaux, après avoir rappelé qu'en vertu d'une circulaire ministérielle l'arbitrage dans les services concédés était remis à une Commission tripartite, demandait si ce système serait abrogé par la loi en discussion. M. Raynaldy, rapporteur, lui fit connaître que la loi était « circonscrite à l'industrie et au commerce » et que les conventions en vigueur subsistaient.

Le 3 avril 1937, le Ministre du Travail adressait aux préfets une circulaire par laquelle il décidait que la nouvelle procédure était applicable aux services concédés aux conditions suivantes : qu'il n'existe pas dans le service en question de Commission tripartite ou qu'elle ne soit pas parvenue à donner une solution au conflit, que l'autorité concédante accepte l'arbitrage soit par une acceptation anticipée de la solution, soit en prenant part aux Commissions de Conciliation et en nommant, en cas de besoin, un troisième arbitre.

Le 6 août 1937 était promulgué un décret beylical qui étendait aux services concédés la procédure de l'arbitrage obligatoire. Les considérants de ce texte visaient à la fois la loi du 31 décembre 1936 et la circulaire du 3 avril 1937.

Article premier. — « Lorsque les conflits du travail concernant les services concédés ne peuvent être réglés par les Commissions de Conciliation instituées par le titre II de notre décret du 4 mars 1937, il ne

peut être recouru à l'arbitrage obligatoire qu'avec l'autorisation préalable de l'autorité concédante ».

Article 2. — « Si l'autorité concédante l'autorise, la procédure se déroulera suivant les dispositions du titre III de notre décret du 4 mars 1937, sous réserve des modifications ci-après :

« 1° Les arbitres et le surarbitre, dès qu'ils seront nommés, informeront de leur nomination et de l'objet de leur mission l'Administration chargée du contrôle du service concédé intéressé et lui demanderont de leur faire connaître, s'il le juge utile, son point de vue au sujet des questions soumises à leur arbitrage;

« Si l'Administration entend user de la faculté qui lui est ainsi réservée, elle devra le faire dans les 3 jours qui suivront celui où elle aura reçu l'avis ci-dessus indiqué.

« Le délai pour déposer la sentence arbitrale sera dans ce cas augmenté de 3 jours.

« 2° Si les arbitres ne peuvent se mettre d'accord dans le délai de 3 jours pour rendre la sentence arbitrale, le surarbitre sera toujours désigné par le Résident Général.

« 3° Les sentences arbitrales rendues en matière de conflit du travail concernant les entreprises concédées ne seront obligatoires qu'après avoir été homologuées par un arrêté de notre Premier Ministre, visé par le Résident Général, qui sera inséré à l' « Officiel » avec, comme annexe, la teneur de la sentence homologuée ».

La difficulté d'application de ce texte devait apparaître au cours d'un arbitrage entre les traminots et les compagnies de tramways de Tunis. L'Etat et la Municipalité de Tunis, autorités concédantes, avaient accepté l'arbitrage, mais la Municipalité en avait exclu une indemnité de cherté de vie.

Les diverses questions soumises aux arbitres et surarbitre se liaient intimement et leur solution indivisible ne tenait pas compte de la restriction de la Municipalité.

L'Etat Tunisien dut reconnaître qu'il n'avait pas, malgré la tutelle administrative, qualité pour se substituer à la Municipalité et adhérer à la sentence. Et comme de toute évidence on ne peut imposer à une collectivité par l'arbitrage des charges nouvelles sans la consulter, la question se posa de savoir s'il ne fallait pas prévoir une procédure nouvelle où toutes les autorités administratives intéressées pourraient se faire entendre.

On prit pour base du travail le décret du 22 février 1934 sur la composition du Conseil Supérieur Arbitral de la Tunisie.

Le décret du 26 novembre 1937 modifiait donc le texte du 6 août 1937. Les Commissions de Conciliation varient en composition selon la qualité de l'autorité concédante, dans tous les cas, la présidence

appartient au Secrétaire général du Gouvernement Tunisien assisté des Directeurs des grandes Administrations, les autres membres étant des représentants du Grand Conseil, du Conseil Municipal, du service concessionnaire et du personnel intéressé; les membres de ces deux dernières catégories devaient à l'origine être désignés, par le président de la Commission, parmi les représentants des organisations, les plus représentatives patronales et ouvrières, un décret modificatif du 16 décembre 1937 a donné à ces organisations le droit de désigner ces membres de la Commission. Un inspecteur du travail peut assister aux réunions avec voix consultative, et sous l'empire du texte originaire, un délégué de chacune des unions de syndicats patronaux et ouvriers avait la même faculté; ce droit leur a été retiré par le décret du 16 décembre 1937 qui a, en échange, admis l'audition des parties ou des représentants de leurs organisations professionnelles.

L'article 2 reproduit le dernier alinéa de l'article 3 du décret du 4 mars 1937.

Les articles 3 et 4 ne font que reprendre les délais et la procédure de ce texte, sous réserve de l'impossibilité pour les parties de nommer chacune leur arbitre, il faut qu'il y ait un arbitre commun.

Les articles 5 et 6 ne sont que la reproduction des alinéas 3, 4 et 5 de l'article 2 du décret du 6 août 1937.

Par l'article 7, le Résident se réserve le droit d'arbitrer le conflit et même de l'évoquer à tout moment de la procédure, et d'interpréter la sentence.

En notre matière, le caractère obligatoire sera conféré à la sentence par « décision résidentielle insérée au « Journal Officiel » avec en annexe la teneur de la sentence ».

L'article 9 règle l'envoi des accords après conciliation et des sentences aux autorités intéressées.

La publicité des sentences fut réglée par un décret du 9 mars 1939, qui prévoyait le dépôt du texte intégral dans les bureaux de l'Administration intéressée, où l'on peut en prendre connaissance, et soit l'insertion au « Journal Officiel », soit la publication d'un extrait dans un ou plusieurs quotidiens locaux.

Sous la poussé des événements, nous venons de voir le Gouvernement Tunisien, atteint d'une véritable fièvre légiférante, prendre des décrets imités de la législation française, sans examen ni travaux préparatoires.

La crise passée, nous allons voir l'Administration reprendre ses traditions de modération, de sage lenteur et examiner les modifications à apporter à la législation des conflits collectifs.

En mai 1938, à la veille du renouvellement de nombreuses conventions collectives, un conflit éclate entre la C.G.T. et la Confédération du Patronat de Tunisie sur le point de savoir si l'on peut faire régler

par un arbitre les difficultés qui apparaissent au cours de la rédaction d'un contrat collectif.

La Direction des Affaires Economiques prend une position très sage, et s'appuyant sur les débats parlementaires des lois de 1936 et 1938, elle déclare que l'on ne peut, dans ce cas, avoir recours à l'*arbitrage obligatoire*, mais que la sagesse, le désir de paix sociale doivent inciter les parties à s'en remettre à un arbitre par contrat de compromis pour faire trancher ces difficultés.

Mais les parties ne voulant pas abandonner leurs positions, le 13 juillet 1938, la Résidence Générale faisait connaître « son point de vue » dans une communication à la presse : la Résidence s'appuyant sur les décisions rendues, les 16 mai [1] et 1er juin 1938, par la Cour Supérieure d'Arbitrage, estimait que les conflits nés des difficultés de rédaction d'une convention collective devaient être soumis à un arbitre qui ne pouvait pas imposer une convention collective, mais un règlement du travail sur les points litigieux [2].

Dès l'institution de l'arbitrage obligatoire, l'Administration a constaté que les syndicats ouvriers engageaient cette procédure pour des conflits individuels nettement caractérisés, pour ne pas se laisser embouteiller elle avait tenté de réagir, mais la multiplicité de ses efforts prouve leur quasi inutilité

Et, le 22 juillet 1938, la Confédération Générale du Patronat de Tunisie demandait au Résident une garantie analogue à celle que donnait en France la Cour Supérieure d'Arbitrage, et la question était mise à l'étude.

Au cours de cet examen, la Direction des Affaires Economiques reconnaissait à juste titre, croyons-nous, qu'il fallait imposer une procédure unique et qu'il était inutile de fixer dans la Régence un cadre aux procédures contractuelles. D'autre part, devant les difficultés qui étaient apparues pour le choix des arbitres et surarbitres, l'Administration estimait qu'il fallait imposer aux parties de choisir des arbitres et des surarbitres dans leur convention collective elle-même, donc en dehors de tout conflit. Elle jugeait nécessaire de faire présenter les demandes introductives par écrit, et laissait subsister tels quels les 2 degrés de conciliation. Enfin, elle instituait le recours devant le Conseil Supérieur d'Arbitrage.

Notons ici que la Confédération Générale du Patronat avait examiné la question de ce recours et proposé (circulaire n° 58, de février 1939), afin d'éclairer la Cour Supérieure sur la situation particulière du milieu social tunisien et sur son économie, de faire joindre à cha-

(1) *Droit Social*, n° 6, juin 1938, p. 251.

(2) Voir dans le n° 7 (juillet 1938) du *Droit Social* la note de M. Teitgen sur cette jurisprudence de la Cour Supérieure d'Arbitrage, p. 197, et la note de M. E. R. dans le n° 8, p. 345.

que recours un rapport préparé par un Comité rapporteur comprenant deux vice-présidents du Tribunal Civil de Tunis, un subsistut et deux assesseurs patron et ouvrier.

Cette suggestion qui pouvait avoir son intérêt ne fut pas retenue par l'Administration.

Le projet de décret fut signé, le 20 mai 1939, par le Résident Général, mais il ne devait pas être promulgué.

En effet, le Directeur des Travaux Publics, consulté le 5 juin 1939, faisait connaître, le 8 juillet, qu'il lui semblait désirable que l'on modifiât la législation concernant l'arbitrage dans les services concédés conformément à la loi française du 4 mars 1938 et au règlement d'Administration publique du 20 mars. Toutefois, la législation française ne permettant à l'Administration, une fois la procédure engagée, de présenter que des observations, il y avait là une diminution de garantie par rapport aux textes tunisiens. Le Directeur des Travaux Publics demandait donc qu'il fut prescrit aux arbitres d'examiner « si les avantages demandés par le personnel sont compatibles avec l'intérêt du service et de s'expliquer expressément sur ce point dans les motifs de leur décision. D'autre part, il déclarait s'opposer à l'application de l'arbitrage aux services concédés dans les cas où le service fonctionne aux risques et périls de l'autorité concédante, dans ce cas c'est à l'Etat et à l'Etat seul qu'il appartient de déterminer les avantages qu'il peut accorder à son personnel ».

De son côté, la Confédération du Patronat de Tunisie avait fait parvenir à l'Administration des notes et observations sur le nouveau projet. Elle proposait entre autres solutions de ne pas écarter la possibilité de désigner des étrangers comme arbitres et se plaignait de la superposition des pénalités du texte de la loi française à celles du texte tunisien.

Sur ces deux points, l'Administration, après examen, estima que les pénalités étaient nécessaires et que l'arbitre remplissant des fonctions de juge ne pouvait être un étranger, elle refusa également d'élever de 5 à 10 % la variation d'indice du coût de la vie qui donne droit à la revision des salaires, et de faire disparaître l'article qui l'autorisait à prendre un arrêté d'extension pour les sentences interprétant ou complétant une convention collective.

Par contre, elle admit qu'il était dangereux de donner rétroactivement force exécutoire aux sentences rendues avant la promulgation du nouveau texte, certaines d'entre elles s'étant révélées inapplicables.

Le 18 septembre 1939, le Résident Général, tenant compte des décrets français du 6 septembre, ordonnait d'ajourner sine die la promulgation des nouveaux textes qui étaient classés aux archives.

CHAPITRE IV

LES CONSEILS DE PRUD'HOMMES

La loi du 19 avril 1939 qui institua en Tunisie les Conseils de Prud'hommes n'est pas une loi originale, elle rend simplement applicable au Protectorat, par son article 1er, la législation française. Il est vrai que l'application de la loi n'est pas intégrale, mais malgré des réserves importantes ce n'en est pas moins le principe de l'organisation française de la juridiction des conflits du travail qui est ainsi introduite en Tunisie.

Nous n'examinerons évidemment que les exceptions qu'apporte la loi de 1939 à l'organisation française des Conseils. Et nous ne discuterons la question de la valeur du juge populaire et de l'utilité en Tunisie de cette nouvelle juridiction que dans la 2e partie de notre travail.

L'article 2 de la loi a sagement prévu que les Conseils de Prud' hommes ne seront établis que dans les villes où l'importance du commerce et de l'industrie en démontre la nécessité. Alors que nous avions une Commission Arbitrale du travail dans chaque justice de paix, il n'en sera pas de même des Conseils. L'Administration prévoit semble-t-il des Conseils de Prud'hommes à Tunis, Bizerte, Sousse, Sfax et Le Kef...

Ceci implique la survivance des Commissions Arbitrales dans les circonscriptions des justices de paix où ne sera pas créé un Conseil de Prud'hommes.

Par conséquent dans les villes où siégeront les nouvelles juridictions, les Commissions Arbitrales cesseront de fonctionner, et tous les conflits du travail seront évoqués devant le Conseil, dans les mêmes conditions qu'en France et avec les mêmes exceptions. Les juridictions françaises et indigènes ne connaîtront donc jamais de ces questions si la demande est inférieure à 2.000 francs.

Dans les circonscriptions où des Conseils n'auront pas été institués, quelles seront les juridictions compétentes : les juges de paix. les tribunaux régionaux, la Driba (1), le Tribunal Civil, les Commissions Arbitrales du Travail du 1er degré et à Tunis et Sousse celles du 2e degré comme tribunaux d'appel.

Aux termes du même article de la loi, il appartiendra aux Ministres des Affaires Etrangères et de la Justice de proposer l'établissement d'un Conseil dans telle ou telle ville après avoir pris l'avis du Résident Général, et cette création sera faite par un décret en forme

(1) Driba : tribunal indigène de première instance de Tunis.

de règlement d'administration publique. Les mêmes formes permettront de dissoudre un Conseil.

Afin de ne pas alourdir inutilement la nouvelle institution et sans doute aussi pour tenir compte de la faiblesse numérique des électeurs, la loi a prévu en son article 3 qu'employés et ouvriers ne formeraient qu'une catégorie et, d'autre part, qu'il n'y aura de section commerciale distincte que si la nécessité en est démontrée.

L'article 4 précise que les conditions de capacité électorale et d'éligibilité étant les mêmes qu'en France, il faut pour les listes électorales se référer à celles de la section française du Grand Conseil. Quant aux condamnations qui privent les électeurs de leurs droits, il faut en Tunisie se référer, dit le texte, à l'article 8 de l'arrêté résidentiel du 10 mars 1928.

Le même article charge le Résident Général de fixer par arrêté la date des élections.

Il appartient à chaque Contrôleur civil d'établir les listes électorales s'il existe un Conseil de Prud'hommes dans sa circonscription, avec l'assistance d'un électeur ouvrier et d'un électeur patron désignés par le Résident Général, ce qui n'est évidemment qu'une adaptation de l'article 24 de la loi du 21 juin 1924.

Les réclamations auxquelles donne lieu l'établissement de ces listes sont régies, ainsi que les opérations électorales elles-mêmes, par l'arrêté résidentiel du 30 mai 1906 sur la Chambre de Commerce de Tunis.

L'article 5 prévoit que : « chaque Conseil de Prud'hommes est présidé par le juge de paix le plus ancien dans la ville où ce Conseil est institué. En cas d'empêchement, ce magistrat est remplacé par un autre juge de paix de la localité ou, à son défaut, par un des suppléants du tribunal de paix, désigné par ordonnance du Président du Tribunal Civil ».

La loi de 1939 a donc adopté la mesure envisagée dès 1922 par la Résidence Générale pour obvier au risque de partialité de la nouvelle juridiction. Mais, et il faut y insister, cette mesure change la nature de l'institution. Nous n'avons plus affaire à un tribunal paritaire, d'inspiration populaire comme en France, mais à un tribunal d'échevins où à côté d'un juge professionnel prennent place des assesseurs élus. Nous discuterons dans un chapitre spécial les raisons qui militent pour ou contre les juges populaires et les tribunaux d'échevinage.

Puique la présidence du conseil était confiée au juge de paix, il était logique de charger son greffier des fonctions de secrétaire, c'est ce qu'a fait l'article 6 en lui allouant naturellement les émoluments correspondants. S'il existe deux justices de paix dans une ville (ce qui n'est le cas qu'à Tunis), c'est au greffier le plus ancien que revient cette fonction.

L'article 7, réplique de l'article 57 de la loi française, modifié à cause de la différence dans l'organisation de la présidence, dispose que le bureau de jugement se compose d'un nombre égal de prud' hommes patrons et de prud'hommes ouvriers ou employés et que ce nombre doit être au moins de deux patrons et de deux ouvriers ou employés.

L'absence d'une disposition spéciale implique que le bureau de conciliation est organisé en Tunisie comme en France.

Nous avons vu dans notre historique que les premiers projets avaient échoué parce que l'on avait omis contrairement à l'opinion socialiste de prévoir des assesseurs tunisiens pour le cas où l'une des parties serait tunisienne. Dans la rédaction du projet définitif, l'Administration n'a eu garde de laisser cette pierre d'achoppement. Imitant les articles 67, 68, 69 et 70 de la loi de 1924, le législateur a prévu dans les articles 8 et 9 l'adjonction d'assesseurs indigènes :

Article 8. — « Dans les causes où se trouvent un ou plusieurs justiciables des tribunaux tunisiens, le bureau de conciliation et le bureau de jugement comprennent, outre les prud'hommes français, deux prud'hommes assesseurs tunisiens, l'un patron, l'autre ouvrier ou employé ayant voix délibérative ».

Article 9. — « Les prud'hommes assesseurs tunisiens seront élus dans les conditions que déterminera un décret beylical ».

Déjà en 1923, nous avons vu « Tunis Socialiste » demander que les procès entre Tunisiens en matière de conflits du travail fussent soustraits aux juridictions indigènes.

La législature de Front Populaire se devait de satisfaire ce vœu. D'ailleurs dans l'exposé des motifs on invoquait que « l'article 2 de la loi du 27 mars 1883, qui a institué en Tunisie des tribunaux de 1re instance et des justices de paix dont les européens sont justiciables, prévoit en effet que la compétence de ces tribunaux pourra être étendue à toutes autres personnes par des décrets du Bey rendus avec l'assentiment du Gouvernement français ». Aussi l'article 10 prévoit-il : « Un décret beylical pourra également étendre la compétence des Conseils de Prud'hommes aux différends où demandeurs et défendeurs sont uniquement justiciables des tribunaux tunisiens ».

L'article 86 du Livre II du Code du Travail prévoit, on le sait, un certain nombre de cas d'exécution provisoire des sentences rendues en 1er ressort, en renvoyant à l'article 61 du Livre Ier du même Code qui fixe les limites des saisies arrêts des salaires et petits traitements. Une législation spéciale existant en la matière dans la Régence, il était nécessaire de renvoyer en ce qui concerne l'exécution provisoire prévue à cet article 86 non à la loi française mais à la législation spéciale à la Tunisie. C'est ce qu'a fait l'article 11, et le législateur a, dans cet article, omis volontairement de préciser le texte tunisien

actuellement en vigueur pour qu'une modification éventuelle en France n'entraînat pas, pour la modification de cet article 11, une nouvelle intervention du législateur français.

Les articles 12 et 13 de notre loi prévoient respectivement l'un que les modifications apportées en France au taux de la compétence des Conseils de Prud'hommes pourront être étendues à la Tunisie par décrets rendus en la forme de règlement d'administration publique, l'autre que les dépenses des nouvelles juridictions seront à la charge du Gouvernement du Protectorat.

Un décret beylical du 15 février 1940 étendait la compétence des Conseils de Prud'hommes aux justiciables des tribunaux tunisiens :

Article premier. — « La compétence des Conseils de Prud'hommes qui seront créés en Tunisie par application de la loi française du 10 avril 1939 est étendue, dans tous les cas, aux justiciables des tribunaux tunisiens, dans les conditions prévues à l'article 8 de la loi précitée ».

Article 2. — « L'institution des Conseils de Prud'hommes prévue à l'article 1er du présent décret ne fait pas obstacle à ce que, avant toute instance devant ces juridictions, les parties se mettent d'accord pour saisir les organismes coutumiers de conciliation corporative.

« Le Président du Conseil de Prud'hommes aura, en tout état de cause, la faculté de demander un avis technique aux organismes professionnels de la corporation à laquelle appartiennent les parties ».

Article 3. — « Les causes pendantes devant les Commissions Arbitrales dans la circonscription judiciaire d'un Conseil de Prud'hommes seront déférées à ce Conseil à dater de son fonctionnement ».

L'article 2 laisse donc survivre le Tribunal de l'Orf comme conciliateur et lui maintient devant la nouvelle juridiction son rôle d'expert, de conseiller technique.

Ceci répond à l'inquiétude des corporations traditionnelles dont nous avons perçu un écho dans un article de M. Durel de 1923 : les Conseils de Prud'hommes par leur ignorance de la vie de ces corporations ne vont-ils pas rendre des décisions qui leur seront mortelles ?

Aucun texte n'est encore venu régler les élections des prud'hommes ouvriers tunisiens. On peut supposer que l'on reprendra sur ce point le texte du projet de 1933.

Aucun Conseil n'a encore été institué dans aucune ville, et on ne peut savoir si cela sera fait.

Nous examinerons en détail la valeur de la juridiction ainsi créée dans notre dernier chapitre où nous espérons démontrer que ce serait une erreur d'appliquer cette loi et d'instituer de tels conseils.

DEUXIEME PARTIE

CHAPITRE PREMIER

DE LA NATURE DE L'ARBITRAGE OBLIGATOIRE DANS L'ESPRIT DE NOS LÉGISLATEURS ET D'APRÈS LA DOCTRINE

Analyser une juridiction c'est dire quel est son objet, à quoi s'étend sa compétence, et comment elle est organisée.

La loi de 1936 prévoyait en son article premier que « dans l'industrie et le commerce tous les différends collectifs du travail doivent être soumis aux procédures de conciliation et d'arbitrage avant toute grève ou tout lock-out ».

L'article 5 précisait : « le surarbitre aura les pouvoirs d'un amiable compositeur. L'arbitrage aura pour objet d'établir un règlement équitable des conditions du travail en vue de créer aux lieux d'emploi une atmosphère de collaboration dans le respect des droits mutuels des parties : droit de propriété, droit syndical, liberté individuelle, liberté du travail, liberté syndicale ».

Et l'article 13 : « Les premiers arbitres et le tiers arbitre forment le tribunal arbitral, ils doivent délibérer en commun, avec les pouvoirs d'amiables compositeurs, pour établir un règlement équitable des conditions du travail, basé sur le respect du droit de propriété, des droits du travail, de la liberté syndicale et de la liberté individuelle ».

Ce texte est toujours à la base de la loi en vigueur en Tunisie, puisque la loi de 1938 n'a pu y être introduite par suite des événements. Mais pour la France même il présente plus qu'un intérêt de curiosité historique, il constitue l'expérience sur laquelle a été établi le texte définitif de la loi sur l'arbitrage obligatoire.

L'article 9 de la loi du 5 mars 1938 détermine la compétence de la nouvelle juridiction :

Les arbitres et le surarbitre « statuent, suivant les règles du droit commun, sur les conflits collectifs du travail d'ordre juridique, c'est-à-dire sur les conflits relatifs à l'exécution des conventions collectives, des lois et décrets sur le travail.

« Les arbitres et le surarbitre statuent en équité sur tous les autres conflits collectifs du travail et notamment sur ceux d'ordre économique ».

Ce texte veut être plus précis que celui de 1936, mais avouons qu'il ne définit pas les conflits collectifs, que la distinction entre les conflits juridiques et les autres n'est pas bien claire et que ces conflits non juridiques se divisent bizarrement en conflits économiques et en conflits non économiques [1].

§ 1er. — Conception du législateur sur la nature de l'arbitrage obligatoire

Voyons par les débats parlementaires ce qu'ont voulu les législateurs de 1936 et de 1938. Là encore nous allons voir que nos définitions seront négatives, en ce sens que les amendements clairs et conformes à notre droit traditionnel, proposés par les juristes du Parlement, ont été repoussés.

Si on ne sait pas bien ce qu'a voulu instaurer le législateur, on sait du moins ce dont il n'a pas voulu.

M. Chaumié le 17 décembre 1936, défendant devant le Sénat un contre-projet, examine l'œuvre que l'on donnera à accomplir aux arbitres : « il s'agit de savoir si nous leur demanderons uniquement d'appliquer les volontés des hommes ou d'être des demi-dieux, de faire eux-mêmes l'évolution de la société, de transformer non pas seulement comme juges, mais comme maîtres la puissance économique qu'on leur remet... Si nous avons un juge, ... ou bien il est le maître absolu, nous aurons fait un corps de dictateurs économiques, ou bien, ... il constatera ce qui existe et assurera le permanent et la durée. Si le juge n'est tenu que dans le cadre des lois, dans le cadre des contrats, ceux-ci ce jour là seront sacrés... Si au contraire vous donnez aux juges non pas le pouvoir de faire exécuter les accords, mais de les rompre, quelle tentation ! ... Il faut donc nécessairement que le juge soit tenu d'appliquer la loi, qu'il soit obligé de sanctionner les contrats... Il faut également, je n'en disconviens pas, assurer la paix publique. Pour cela je vous propose de distinguer deux choses très nettes : la justice et la conciliation... Il peut arriver que les contrats que l'on a fait loyalement, sincèrement ne soient pas

---

(1) Qu'est-ce qu'un conflit économique ? Le seul parlementaire qui en ait tenté la définition (voir p. 36) donne pour synonyme l'expression : conflit d'intérêts. Tout conflit, juridique ou non, a nécessairement un intérêt, ce n'est pas définir qu'user d'un terme d'acception plus large que celui qu'on veut expliquer.

A supposer, ce qu'aucun parlementaire n'a dit, que le conflit économique « non juridique » mette en jeu uniquement des intérêts *pécuniaires*, le conflit « non économique » aurait un intérêt purement moral; mais quel serait l'utilité d'une telle division ?

La question est mal posée. Cette division, à première vue incompréhensible, est au surplus inutile

un vêtement absolument souple et aisé; il peut être nécessaire de les modifier, d'accord. Mais comment, par quelle juridiction... Je vous propose que la juridiction qui dit le droit puisse faire des recommandations... Je souhaite qu'en ces matières si délicates il n'y ait pas de jugement obligatoire, mais conciliation... La conciliation ne se fait pas par la violence, elle ne se fait pas par la menace, elle se fait par l'amour » (1).

M. Raynaldy, rapporteur, en discutant ce contre-projet va préciser son point de vue : « La plupart du temps, ce n'est pas sur des questions de droit que patrons et ouvriers se divisent; c'est sur des questions de fait. Ce que l'on recherche dans les causes des conflits ce n'est pas l'application du contrat existant. Ils disent, les uns ou les autres, à tort ou à raison, que ce contrat les lèse, qu'à raison des conditions de la vie il n'est pas équitable, et les ouvriers demandent aux arbitres de le modifier afin de rendre les conditions du travail plus normales... Ce que nous voulons ce n'est pas reconnaître un état juridique, c'est modifier cet état juridique, l'adapter aux conditions sociales actuelles pour empêcher le conflit entre les masses patronales et les masses ouvrières... Vous ne pouvez pas vous arrêter à ces conceptions par trop juridiques » (2).

Le 26 décembre, M. Lémery inspiré sans doute par les débats antérieurs donne au Sénat ce solennel avertissement : « Vous donnerez, en votant le projet qui vous est soumis, le droit de changer la légalité... Si tous les conflits, sans exception, sont déférés à l'arbitrage, y compris ceux qui mettent en cause le principe de ces lois (sur la propriété, la liberté du travail, etc.), ce sera la preuve que ces lois elles-mêmes sont implicitement en question ». « Qu'est-ce qu'un différend collectif du travail ?... Je demande une définition ». « Messieurs, c'est une monstruosité. Il n'existe pas dans notre droit, dans notre droit occidental, dans notre droit civil français un seul contrat dont le juge puisse ordonner la continuation quand un des intéressés s'y refuse. Le maximum des pouvoirs du juge est de constater la rupture, de dire aux torts de qui elle est prononcée et de fixer, en cas de besoin, une indemnité ». Puis parlant de l'article 5 du projet, il déclare : « Nous ne pouvons nous décharger du mandat qui nous incombe pour le transférer à un autre pouvoir en lui faisant de simples recommandations » (3).

Devant la même assemblée, M. Laffont, le 27 décembre, va justifier le droit de légiférer en dehors des principes traditionnels par le fait que les rapports juridiques entre les masses patronales et ouvrières « ne sont plus des relations de droit privé, mais des relations de droit

---

(1) *J. O.*, p. 1.627.

(2) *J. O.*, p. 1.630.

(3) *J. O.*, pp. 1.749 et suivantes.

public ». « Qui pourrait contester qu'il y a une différence de nature entre la propriété d'un champ, ... et la propriété d'une usine qui occupe 30.000 ouvriers ? Si le propriétaire du champ est maître chez lui, ce n'est plus aussi strictement vrai de celui qui traite avec des hommes en masse et qui commande à des milliers d'ouvriers. Que la puissance publique ait le droit d'intervenir au nom de l'intérêt collectif dans des organismes de cette nature, c'est ce que personne ne peut contester » (1).

J'éprouve en citant ce texte une hésitation, car dégagé de son contexte, il semble l'œuvre d'un révolutionnaire, alors que le reste du discours prouve que l'honorable sénateur, une fois cette concession de principe faite au droit nouveau, est un modéré dont la préoccupation est d'assurer dans les entreprises l'autorité nécessaire à une bonne gestion. Mais il était impossible de ne pas le citer, car cette concession une fois faite c'est notre conception économique actuelle tout entière qui est ébranlée. Où s'arrête en effet l'intérêt collectif. Mais nous y reviendrons en étudiant la limite des pouvoirs de l'arbitre.

Peu après M. Blum, alors Président du Conseil, devait déclarer, d'une part, que comparer l'arbitrage civil et l'arbitrage du droit social, c'était être victime d'une fausse analogie et, d'autre part, qu'il était très difficile de distinguer les litiges juridiques et les litiges économiques inextricablement mêlés pour les faire juger par des juridictions distinctes, comme l'eut voulu un projet de M. Reille-Soult. Et enfin critiquant la théorie de M. Chaumié et reprenant l'argumentation de M. Raynaldy, il soutenait que l'objet de l'arbitrage est « de déterminer si en fonction des conditions économiques nouvelles il y a ou non lieu de réviser ces clauses librement consenties des contrats collectifs » (2).

Au cours des débats sur la loi du 4 mars 1938, les parlementaires vont nous apporter quelques précisions supplémentaires sur le but qu'ils voudraient atteindre par cette loi d'arbitrage.

Le 15 février 1938, M. Jules Moch, rapporteur général, ouvrait la discussion à la Chambre des Députés par un exposé sur l'ensemble des lois sociales en préparation.

Relevons quelques considérations sur la portée des lois sociales : « Le droit individuel oppose des individus les uns aux autres ou des individus à un Etat tout puissant et dans les deux cas les sentences peuvent être aisément exécutées.

« Le droit social, au contraire, oppose les unes aux autres des forces sociales de plus en plus organisées et notre loi écrite ne sau-

(1) *J. O.*, p. 1.771.
(2) *J. O.*, p. 1.780.

rait modifier le rapport de ces forces, qui dépend de l'évolution des esprits, ni les antagonismes entre elles, qui découlent du régime économique lui-même ».

« Jamais en matière sociale, vous ne parviendrez à appliquer une loi, si délibérément une partie n'en veut pas ».

Passant à la loi en discussion, il estime que le projet n'apporte que des modifications de procédure à la loi antérieure, sauf en ce qui concerne l'arbitrage sur les salaires.

Le premier dans cette discussion à ce qu'il nous semble, M. Gaston Moreau va aller au cœur de la question : « Le procès de l'arbitrage se ramènera surtout au procès des arbitres. Ce procès a déjà été jugé à l'étranger... Que reproche-t-on, en effet, aux arbitres et au surarbitre ? C'est tout d'abord d'être des avocats et des mandataires avant d'être des juges. Je parle ici de chacun des arbitres choisis par chacune des parties. Il semble que le législateur de 1936 ait confondu l'arbitre et l'expert. Deux experts choisis par des parties en contestation peuvent se mettre d'accord sur un point technique... sur la valeur de terrains, sur l'importance des dégâts causés par un incendie. Mais des arbitres, chargés d'aplanir un conflit d'ordre économique ou social ne peuvent être que des avocats ou des mandataires. Ce ne sont pas des juges. Ils ne sont pas qualifiés pour rechercher la solution la plus juste. Ils rechercheront la solution la plus favorable à leurs mandants ». « ... ou votre juge unique (le surarbitre) sera un juriste et il manquera de la compétence nécessaire pour trouver la solution d'un problème technique, ou il ne sera pas juriste, ce sera un ancien patron ou un ancien ouvrier qui connaîtra admirablement la technique de son métier, et par conséquent le litige qui lui sera soumis, mais qui s'abandonnera... à des fantaisies juridiques. Sans s'en douter il tranchera des questions de compétence, se livrera à des excès de pouvoir, et lorsqu'on le lui démontrera il en sera le premier surpris ». M. Moreau signale ensuite un grave inconvénient de l'arbitrage : le défaut d'homogénéité de la jurisprudence [1].

Le 18 février, le Ministre du Travail reprenant et précisant devant la Chambre les opinions soutenues par MM. Raynaldy et Blum en 1936 dira que : « la mission de l'arbitre n'est pas de caractère juridique. Elle ne l'est pas par sa nature propre.

« L'arbitrage n'est, à vrai dire, que le prolongement de la conciliation... Devant les conciliateurs les parties se sont rapprochées, mais la jonction de leurs points de vue ne s'est pas opérée. Si l'arbitre s'inspire de règles de droit, il tranchera, dans la plupart des cas, à l'encontre de la volonté certaine de l'une et de l'autre partie et aussi à l'encontre des nécessités pratiques.

---

(1) *J. O.*, p. 403.

« Il faut que l'arbitre s'inspire des nécessités et des volontés exprimées et trace, entre les volontés contraires, la médiane suivant laquelle le plus facilement les arrangements pratiques pourront s'opérer ensuite.

« Cela est si certain qu'il n'y a pas dans la plupart des cas de règles de droit à appliquer. Dans la majorité des conflits qui se présentent, les problèmes posés sont de caractère technique ou économique » [1].

M. Moch accusant une fois de plus le caractère particulier du « droit social » va déclarer de nouveau que « ce qui pourrait arriver de pire aux surarbitres, c'est qu'on fit la confusion entre le droit individuel et le droit surarbitral » [2].

Quelques heures plus tard, au cours d'une seconde séance de la Chambre, M. René Dommange en demandant la suppression de l'article 12 va à son tour, comme la veille M. Moreau, toucher le fond de la question et approcher de la vérité :

Cet article « tend, dit-il, à créer une évidente confusion de pouvoirs et de qualités juridiques. Ce texte dispose, en effet, que « lorsqu'une sentence arbitrale interprète ou complète des clauses d'une convention collective existante ou modifie les salaires, cette sentence produira les effets d'une convention collective de travail ». Je ne vois pas comment une sentence arbitrale, c'est-à-dire un décision juridictionnelle, peut être assimilée à des dispositions contractuelles... Vous nous invitez à voter un non sens juridique » [3].

Cet amendement ayant été repoussé, c'est dans la défense d'un amendement similaire et voué au même sort que M. Jacques Poitou-Duplessy complétant la pensée de M. Dommange dira : « l'arbitre en arrive à se substituer à la volonté des parties, ce qui est contraire au principe contractuel, qui doit être respecté dans l'élaboration d'une convention collective » [4].

M. Joseph Bastide, expliquant son vote après les longs débats de cette journée, notera que contrat collectif et arbitrage figuraient déjà dans nos lois, qu'il suffisait de vouloir y recourir : « Qu'a donc ajouté la loi saluée comme l'aurore des temps nouveaux ? Une seule chose : l'obligation. Du seul point de vue moral, il n'y a pas là matière à s'enorgueillir. Du point de vue matériel, c'est une réforme défendable, mais à une condition, et une condition essentielle, que l'obligation soit rigoureusement étendue jusqu'au respect du contrat et au respect encore plus strict de la sentence arbitrale, qui n'est

(1) *J. O.*, p. 427.
(2) *J. O.*, p. 429.
(3) *J. O.*, p. 465.
(4) *J. O.*, p. 465.

d'ailleurs, au fond, qu'un contrat judiciaire. Le projet de loi actuel resserre encore la contrainte », puisqu'il fait de l'obligation non plus une contrainte légale, mais une contrainte contractuelle.

« Il impose dans les contrats la clause compromissoire... ». « En définitive c'est surtout la violation du contrat qui va être organisée » [1].

Le 26 février, le projet venant en discussion au Sénat, M. Maulion va, le premier, tout en approuvant le principe de l'institution, attaquer le projet du Gouvernement au nom des principes de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, et des principes républicains : « Du fait du mécanisme combiné de la loi sur l'arbitrage et de la loi sur les conventions collectives, si les parties ne s'entendent pas sur les conditions de l'embauchage et du débauchage, sur le statut du personnel, des délégués d'usines, c'est-à-dire sur des questions d'ordre public, c'est le pouvoir arbitral qui se substituera au pouvoir législatif »... « Ce n'est plus la loi qui fixera la procédure de conciliation et d'arbitrage »... « La convention (collective) devra prévoir, elle devra organiser »... « Eh bien, je dis : non ! La procédure de conciliation et d'arbitrage en matière de conflits sociaux a le même caractère que la procédure ordinaire en matière de conflits entre particuliers. Elle doit fixer des règles d'ordre public. Les règles doivent être les mêmes pour tous les citoyens et donner à tous les citoyens d'un même pays, les mêmes garanties »... « Les règles de l'embauchage et du débauchage, du statut des délégués du personnel, ainsi que celles présidant à la conciliation et à l'arbitrage sont des règles d'ordre public, établies par la loi, rien que par la loi, et auxquelles la convention ne peut pas déroger » [2].

Le 27 février, M. le sénateur Lémery notera que « la compétence des juridictions instituées est illimitée. N'importe quoi peut leur être soumis, et par la volonté d'une seule des parties. Aucune directive n'est tracée qui puisse guider leur décision. Etat anarchique qui, vous le reconnaissez, n'est pas propice à une bonne administration de la justice ». Et il concluera en demandant que l'on recherche une définition du conflit collectif [3].

Le même jour, M. Maulion a tenté de définir le conflit d'ordre économique : « C'est le conflit d'intérêts, c'est le conflit qui naît sur la modification d'une convention collective, par exemple sur une modification des salaires: c'est quelque chose qui est en dehors de la convention et en dehors de la loi ». « Les conflits d'ordre économique, c'est-à-dire ceux que la législation suédoise définit à juste titre

(1) *J. O.*, p. 467.
(2) *J. O.*, p. 201.
(3) *J. O.*, p. 224.

par le terme de conflit d'intérêts. On ne trouve là aucune règle écrite dans le droit, il n'y a que la règle d'équité. C'est ce que la conscience de l'arbitre lui inspirera qu'il devra traduire dans sa sentence » [1].

Et M. Violette, examinant ce que vient de dire son collègue, déclare qu'il « n'imagine pas que les amiables compositeurs, même pour des conflits d'ordre économique, vont pouvoir juger contre le droit » [2].

Le 28 février à la Chambre des Députés, M. André Parsal soutient : « L'arbitrage ne porte pas atteinte au droit de propriété. Il le respecte ».

Et M. Moch, rapporteur général, déclare peu après : « Beaucoup de décisions arbitrales importantes, rendues par des magistrats, ont été mauvaises, parce que ces arbitres avaient fatalement tendance à juger conformément au droit écrit et non pas conformément au droit social que nous voulons créer ». Et répondant à M. Lapie, qui soutient que « quand il s'agit de conflits d'ordre juridique, c'est-à-dire de différends relatifs à l'exécution des conventions collectives ou portant sur l'appréciation des lois existantes en matière de travail, ils (les arbitres) doivent suivre les règles du droit commun et statuer comme des sortes de juges et qu'au contraire si le conflit est d'ordre économique, s'il ne pose pas de questions juridiques proprement dites, le domaine de l'appréciation des arbitres est beaucoup plus étendu, ils ont leur entière liberté : ils sont amiables compositeurs », M. Moch nous dira qu'il n'attache pas un très grand intérêt à la distinction entre les conflits d'ordre juridique et les conflits d'ordre économique en matière de loi sociales [3].

La navette ayant ramené le projet au Sénat, le 3 mars M. Maulion note de nouveau que par le jeu des dispositions légales « ce serait en fin de compte une sentence arbitrale qui réglerait la question de l'embauchage, du désembauchage, du statut des délégués... déplacement inadmissible du pouvoir législatif... L'arbitre ne peut pas se substituer au législateur ». Et M. Chaumié quelques instants plus tard fera la même observation [4].

Le lendemain devant la même assemblée, M. Jacquier, rapporteur de la Commission du Travail, déclara « qu'une sentence arbitrale qui établit, modifie ou complète une convention collective sans l'accord des parties tombe sous la censure de la Cour Supérieure d'Arbitrage ».

Et M. Chautemps, Président du Conseil, va clore peu après la discussion sur ce point en affirmant péremptoirement que « l'instaura-

---

(1) *J. O.*, pp. 240-243.
(2) *J. O.*, p. 242.
(3) *J. O.*, pp. 675-684.
(4) *J. O.*, p. 275.

tion d'une règle de caractère législatif par la voie arbitrale... ne saurait se produire » [1].

Nous croyons avoir réuni là tout ce qui a été dit au Parlement en 1936 et en 1938 sur la nature de l'arbitrage obligatoire. Nous aurions pu le présenter sous une forme plus systématique, mais il nous a paru qu'il valait mieux suivre l'ordre des débats. Cela nous a permis de voir, que de la discussion n'a pas jailli la lumière, et que jusqu'à la fin, deux tendances se sont heurtées, sans être même capables de préciser leurs positions et d'analyser leur doctrine.

§ 2. — Conceptions de la doctrine

Une thèse soutenue en 1938 par M. Jacques Mouton [2] et un article de M. Scelle forment l'essentiel de l'effort doctrinal en la matière.

M. Mouton commence par définir l'acte juridictionnel; après avoir examiné les théories de MM. Duguit, Jèze, Japiot et Guillien, il adopte pour critère à peu près celui de ce dernier auteur : « Au point de vue matériel, il faut et il suffit pour qu'un acte soit juridictionnel qu'il constitue la réponse à la question de savoir si une situation, un acte ou un fait déterminé constitue une violation de la loi »... « Il faut, en outre, qu'au point de vue formel l'acte émane d'une personne ayant le pouvoir de donner à la question qui lui est posée une réponse définitive ».

Puis après un exposé sur l'arbitrage du droit privé, il examine la nature de la sentence arbitrale en cette matière. Il cite d'abord MM. Merlin, Foelix et Pic et une ancienne jurisprudence qui croient cette sentence de nature contractuelle. « Les arbitres ne sont pas de véritables juges, ils ne tiennent pas leur mission de la puissance publique ».

L'arbitre est le mandataire commun des parties : « La sentence rendue par un arbitre n'a d'un acte judiciaire que la forme: en réalité et au fond, elle est la constatation de la convention intervenue entre les parties par leur organe commun ». « L'arbitre est un mandataire et n'a rien de commun avec un magistrat ».

Pour prouver la fausseté de cette théorie, M. Mouton après avoir reproduit la définition légale du mandat en examine les conséquences. Le mandataire agit ès qualité, ne peut avoir plus de droit ou de pouvoir que son mandant et ne peut s'occuper d'intérêts opposés, il peut être surveillé, recevoir des ordres, être révoqué à tout moment et il doit rendre compte de sa gestion. Et il conclut à l'impossibilité d'appliquer ces règles à l'arbitrage.

---

(1) *J. O.*, p. 310.

(2) MOUTON : *Nature juridique de la Sentence Arbitrale en droit privé et dans les conflits collectifs du travail*. Thèse. Edition Donat, Monchrétien, 1938.

Que l'arbitre n'ait pas la disposition de la formule exécutoire, ne change rien au caractère juridictionnel de sa sentence, la formule exécutoire a le caractère d'un acte du pouvoir exécutif. Enfin l'arbitre exerce une fonction publique, car après avoir procédé à des mesures d'information il dit le droit avec l'impartialité d'un juge, et surtout il tient ses pouvoirs de la volonté du législateur qui a fait des tribunaux arbitraux une institution parallèle à celle des tribunaux judiciaires : « il est tout naturel d'admettre que le législateur ait reconnu à ces arbitres l'exercice d'une sorte de fonction publique temporaire ».

M. Mouton termine son analyse en vérifiant que la sentence arbitrale a bien les caractères reconnus par lui à l'acte juridictionnel.

Et avant de passer à l'arbitrage en droit social, il ne lui reste qu'à chercher si la sentence de l'amiable compositeur est, elle aussi, un acte de juridiction. Lorsque le juge se trouve en présence d'une loi obscure ou trop générale, ou lorsque la loi ne tranche pas une question, le magistrat doit recourir à l'équité, c'est-à-dire donner une solution conforme sinon à la lettre de la loi, du moins à son esprit en ayant recours à divers procédés : le raisonnement par analogie, par a contrario, l'examen des travaux préparatoires, etc. Mais jamais il ne peut statuer contra legem.

M. Mouton estime que, si l'amiable compositeur « n'avait recours à l'équité que dans les cas où les magistrats eux-mêmes y font appel, on pourrait prétendre que sa sentence constitue encore un acte de juridiction. Mais il n'en est rien : l'amiable compositeur peut en effet négliger totalement les solutions que fournissent les lois — hormis celles d'ordre public — et les remplacer par des solutions purement personnelles... Sa sentence, qui n'est pas la réponse à une question posée sur la violation de la loi, ne constitue donc pas un acte de juridiction ».

L'acte de l'arbitre dit M. Mouton peut se décomposer en deux phases successives : « En premier lieu, il recommence à l'occasion d'un cas particulier l'étude qu'a faite en général le législateur. Pour rendre la justice, pour attribuer à chaque partie ce à quoi elle a droit, il tient compte de son idéal social ou politique, des intérêts qui lui paraissent devoir être protégés, des besoins des parties, c'est-à-dire de notions subjectives. Il fait donc pour une espèce déterminée œuvre de législateur, puisqu'il crée de toutes pièces le droit ». « En second lieu, il applique au conflit, qui lui est soumis, le droit qu'il vient ainsi de construire, c'est-à-dire qu'il examine si la situation qui existe en fait constitue ou non une violation non pas de la loi objective, comme le ferait l'agent de juridiction, mais de la loi particulière qu'il veut élaborer »... « L'amiable compositeur, qui peut même statuer contra legem, cumule en sa personne et pour une seule espèce les pouvoirs du législateur et ceux du juge ».

M. Mouton note d'ailleurs qu'en la forme la sentence arbitrale n'est pas une loi ni un acte réglementaire, et qu'au fond il lui manque également d'être de portée générale, mais il y a analogie, car elle crée le droit. Et après avoir reconnu que la jurisprudence voit dans l'amiable composition un acte juridictionnel (interprétation inexacte, dit-il), il doit pourtant admettre que la nécessité exige qu'on reconnaisse, même dans ce cas, à la sentence la force exécutoire.

Après avoir rapidement étudié dans quelles conditions et dans quel esprit furent rédigées les lois de 1936 et 1938 et après avoir étudié sommairement ces textes, M. Mouton en vient à « la nature de la sentence arbitrale dans les conflits collectifs du travail d'ordre juridique ». Citant M. Maulion, il définit ces conflits comme portant sur l'exécution ou l'interprétation d'une loi ou d'une convention.

Après avoir pu statuer en équité sur ces conflits en vertu de la loi de 1936, les arbitres doivent maintenant, en vertu de l'article 9, § 2, de la loi de 1938, statuer sur ces litiges suivant les règles du droit commun.

En cette matière, l'arbitre a donc, dit M. Mouton, les pouvoirs et les devoirs d'un juge ou d'un arbitre du droit privé. Mais sa sentence n'a même pas besoin d'exequatur, le dépôt au greffe lui confère la force exécutoire, c'est là un argument de plus pour reconnaître dans la sentence arbitrale un acte juridictionnel, comme en droit privé.

La difficulté apparaît dans le chapitre suivant, qui traite « de la nature juridique de la sentence arbitrale dans les conflits d'ordre économique ». M. Mouton commence par reprendre la définition de M. Maulion sur le conflit d'ordre économique : « C'est le conflit d'intérêt, c'est quelque chose qui est en dehors de la convention et en dehors de la loi ».

« Le principe de droit commun en vertu duquel il n'y a pas de droit sans texte (légal ou conventionnel), ne s'appliquera pas aux conflits collectifs du travail ». L'inexistence d'une loi ne laisse pas à l'employeur en ce domaine une liberté discrétionnaire. Dans un conflit du travail d'ordre économique, l'arbitre décide en équité si la demande est justifiée, selon sa conception de la justice, limité seulement par les dispositions des lois de 1936 et 1938 et par les lois d'ordre public. Et reprenant une phrase prononcée par le Ministre du Travail pendant les débats, il estime que dans la majorité des conflits les problèmes posés sont de caractère technique ou économique, pour lesquels il n'y a pas de règles de droit.

Puis M. Mouton examine en détail les pouvoirs de l'arbitre pour réglementer les conditions du travail et, se basant sur diverses sentences arbitrales, il conclut que le règlement fait par l'arbitre produit tous les effets d'une convention collective et termine en notant que la Cour Supérieure d'Arbitrage a reconnu à l'arbitre le droit d'imposer la réintégration d'un ouvrier congédié à tort.

Notre auteur attaque enfin le sujet qui nous intéresse et commence par écarter « la thèse qui présente le surarbitre comme un mandataire des parties ». Aux arguments déjà exposés et valables dit-il en droit social, « il y a lieu d'ajouter que la Cour Supérieure d'Arbitrage refuse au surarbitre le pouvoir d'établir une convention collective du travail aux lieux et places des parties. Or il est évident que si le surarbitre était un mandataire, il pourrait faire ce que peuvent faire ses mandants, etc. ».

La première théorie voit dans la sentence rendue sur un conflit économique un acte juridictionnel, cette thèse s'appuie sur les termes employés dans la loi ou au cours des débats qui l'ont précédée, le caractère obligatoire ne lui nuit pas puisque la clause compromissoire existe en droit commercial et ne change pas la nature de la sentence; de même le caractère réglementaire, puisque les juges ont parfois (M. Mouton dit « souvent ») des pouvoirs réglementaires, par exemple en matière de règlements d'eau ou d'appellation d'origine.

Mais M. Mouton trouve à juste titre cette théorie insoutenable. Voyons comment il la combat. Déjà le pouvoir de statuer comme amiable compositeur, donc contra legem, prive la sentence, dit-il, de tout caractère juridictionnel. Mais il y a une autre raison, en matière de conflits d'ordre économique on ne peut dire qu'une loi a été violée, car il n'y a pas de loi qui réglemente la matière du litige. D'autre part, l'analogie du règlement d'eau est fausse, car en l'établissant le juge ne fait pas un acte réglementaire.

Puisque en notre matière la sentence n'est ni l'exercice d'un mandat, ni un acte juridictionnel, il faut donc qu'elle soit un acte réglementaire et c'est ce que notre auteur s'applique à démontrer : un acte législatif ou réglementaire crée une situation juridique générale, impersonnelle, objective, contient essentiellement une règle de droit, une norme juridique, la loi émane du Parlement, l'acte réglementaire d'une autorité inférieure : « Le règlement est donc une règle obligatoire imposée par une autorité publique autre que le Parlement: c'est un acte général, abstrait, impersonnel, ce qui le distingue de l'acte administratif, lequel est une déclaration de volonté conforme à la loi et faite en vue de créer une situation juridique subjective ».

Comme ce règlement émane d'une autorité inférieure, sa légalité est soumise à un contrôle juridictionnel.

La sentence arbitrale dans un conflit économique est une règle générale, abstraite, impersonnelle, obligatoire, elle est établie par une personne qui exerce une fonction publique pour assurer la paix sociale, l'arbitre peut sanctionner la violation de sa sentence par une pénalité, l'astreinte.

Ce sont là tous les caractères de l'acte réglementaire.

M. Mouton classe donc en définitive les conflits en 4 catégories :
1° Conflits exclusivement juridiques;
2° Conflits de pure réglementation;
3° Conflits portant sur une question de réintégration;
4° Conflits complexes comprenant deux au moins des 3 catégories différentes.

Les deux premières catégories ont été vues en détail. Dans la 3e, M. Mouton voit trois phases :

a) L'arbitre faisant œuvre de quasi législateur fixe les circonstances où un ouvrier ne peut être renvoyé;

b) L'arbitre juge si l'espèce rentre dans la règle qu'il vient d'élaborer (c'est là œuvre de juge);

c) Comme un agent du pouvoir exécutif, il ordonne la réintégration.

La nature de la sentence varie pour notre auteur avec la nature du conflit, et elle est complexe si les conflits le sont, car alors l'arbitre réunit des pouvoirs multiples et distincts les uns des autres.

M. Mouton conclut en notant le manque d'homogénéité de la sentence, le caractère exorbitant des fonctions de l'arbitre, il pense que la législation actuelle n'est pas définitive et souhaite que les conflits purement juridiques restent soumis à l'arbitrage obligatoire, mais que les conflits de pure réglementation soient résolus par les intéressés groupés en organisations paritaires, avec au besoin l'adjonction d'un technicien impartial pour assurer l'existence d'une majorité.

Le mérite de l'analyse faite par M. Mouton est incontestable, il a mis un peu d'ordre dans une matière qui en avait fort besoin, et certaines de ses théories sont solidement assises. Mais il est des points extrêmement faibles : après avoir scindé dans l'arbitrage obligatoire les conflits en conflits juridiques et économiques et avoir reconnu le caractère règlementaire des sentences rendues sur ces derniers, il abandonne cette catégorie pour la remplacer par une distinction entre la sentence de nature réglementaire et la sentence ordonnant la réintégration d'un ouvrier.

Dans un article intitulé « Limites du règlement arbitral » paru en décembre 1938 dans la revue du « Droit Social », M. Georges Scelle, grâce, en particulier, à des raisonnements par analogie avec le droit romain, a éclairé plusieurs questions.

M. Scelle malgré l'impartialité courtoise de son article est au fond, et à juste titre, croyons-nous, très dur pour le législateur qui est revenu « à des procédés pseudo-judiciaires aussi rudimentaires que l'arbitrage ». « Il s'agit d'un droit de circonstances, élaboré en hâte sous la pression parfois tragique des remous sociaux : le législateur s'est souvent contenté d'adopter des solutions d'opportu-

nité sans montrer une compréhension très aiguë des institutions juridiques auxquelles il faisait appel ».

« Les notions d'arbitrage, de sentence arbitrale, d'amiable composition, etc., n'ont souvent que des contours imprécis dans l'esprit de ceux qui les utilisent ». « On se satisfait de critères formels qui ne fournissent aucun moyen de distinguer les fonctions sociales, souvent très différentes, auxquelles ces institutions correspondent ». « L'arbitrage correspond à plusieurs fonctions techniques distinctes... Il s'agit de rechercher dans chaque cas particulier quelles sont les fonctions sociales accomplies par l'arbitre, ... la nature des actes qu'il accomplit ».

On ne pouvait mieux définir le but de notre recherche, son importance et ses difficultés.

M. Scelle, comme M. Mouton, définit la sentence arbitrale du droit privé comme un acte de juridiction et, comme lui encore, il voit dans la sentence de l'amiable compositeur un acte juridictionnel consécutif à un acte de législateur.

Deux idées, toutefois, sont exprimées avec une force particulière que nous n'avons pas trouvées chez notre premier auteur : le magistrat exerce un pouvoir juridictionnel, mais la mise en œuvre de sa sentence est le fait de l'imperium, d'une parcelle de puissance publique, puissance exécutive; l'arbitre n'a que la juridiction, c'est par l'exequatur que l'imperium d'un magistrat donnera à sa sentence la force exécutoire.

M. Scelle rattache d'ailleurs l'autorité de la chose jugée au pouvoir juridictionnel et non au pouvoir impératif ou exécutif du magistrat.

Enfin dans le cas d'un arbitre amiable compositeur, le pouvoir législatif qui lui est dévolu lui permet un « règlement d'intérêts » et non un « arrêt de règlement ».

En droit social, M. Scelle analyse encore en acte juridictionnel la sentence arbitrale rendue sur un conflit purement juridique. Le fait par les parties de donner volontairement, en une telle matière, à l'arbitre les pouvoirs de l'amiable compositeur fait passer le conflit dans la catégorie des conflits dits « économiques ».

M. Scelle en vient donc à classer les conflits sociaux en conflits juridictionnels et en conflits réglementaires.

Il déclare expressément que les mots « arbitrage réglementaire » définissent plus exactement la question que l'expression « arbitrage économique ».

Il aborde alors le point le plus délicat du problème et son exposé jusque là très clair devient d'autant plus difficile à suivre qu'à la subtilité du sujet s'ajoute la densité de l'exposé fait en moins de cinq pages et une espèce de coquetterie de l'auteur avec les termes abstraits.

Aussi pour ne pas trop risquer de déformer sa pensée, avons-nous jugé prudent d'exposer sa théorie d'une manière très schématique :

1° L'arbitre peut-il modifier le droit en vigueur ?

Le conflit réglementaire tend à la modification du droit en vigueur. L'arbitre n'a pas ce pouvoir, sauf en un cas exceptionnel.

En effet, en matière juridictionnelle, même avec l'accord des parties, l'arbitre ne peut statuer contra legem, et a fortiori en notre matière où une seule partie le demande. Car on ne demande pas à l'arbitre de résoudre un cas concret, une situation subjective, mais de modifier une règle abstraite qui s'appliquera à un nombre indéterminé de situations futures. Ce n'est plus de l'amiable composition. D'autre part, n'ayant qu'une investiture privée, l'arbitre ne peut modifier une règle du législateur ou de l'autorité réglementaire.

En conséquence, il ne peut abroger ou réviser une convention collective, en imposer une nouvelle, sauf en matière de salaire où il a l'autorisation expresse du législateur.

2° Nature juridique de la convention collective

Ce n'est pas un contrat bien qu'elle soit issue d'un accord de volontés, car elle ne crée pas de situations juridiques individualisées, subjectives, concrètes, mais un statut, des situations objectives, générales, impersonnelles. Elle est l'œuvre non des parties, mais des représentants de deux collectivités.

3° Rôle de l'arbitre dans un conflit réglementaire

Il fait par acte unilatéral ce que les signataires de la convention feraient par acte collectif (nous dirions nous, synallagmatique). La Cour Supérieure d'Arbitrage a d'ailleurs décidé que le règlement arbitral devait être subordonné au règlement paritaire.

4° Première hypothèse : Absence ou dénonciation de convention collective

La Cour Supérieure d'Arbitrage a décidé que l'arbitre peut seulement faire un règlement du travail, mais qu'il ne peut se substituer aux parties pour élaborer une convention collective.

Cette jurisprudence est motivée par le fait que la convention collective est un contrat, alors que la sentence, acte unilatéral, n'en est pas un. L'arbitre ne peut être le mandataire de volontés en conflit,

et surtout l'esprit du législateur a été de subordonner l'arbitrage à la convention.

La distinction entre le règlement arbitral et la convention collective n'est pas une question d'étiquette; les parties peuvent substituer une convention au règlement arbitral et l'inverse n'est pas possible. L'arbitrage n'a pas l'autorité de la chose jugée et peut toujours être remis en question.

5° Deuxième hypothèse : Révision de la convention collective

Puisque l'arbitre ne peut établir pour les parties une convention collective, il ne peut à fortiori modifier celle qu'elles ont passée (sauf l'exception légale de la clause concernant les salaires). Il est pourtant, note M. Scelle, « des dispositions réglementaires paritaires... affectées d'un coefficient de mobilité ». Si les parties ne peuvent se mettre d'accord sur une revision jugée nécessaire par l'une d'elles, l'arbitre peut-il faire sur ce point un règlement du travail ? M. Scelle estime que la loi ne le lui permet pas, tout en reconnaissant que l'on risque d'y arriver par le détour de la dénonciation totale de la convention collective. La jurisprudence admet bien, note-t-il, que la convention soit complétée par un règlement, mais non qu'elle soit revisée. Toutefois, la Cour, en adoptant la théorie de l'imprévision, a ouvert la porte à la faculté de révision.

M. Scelle conclut en avouant la rigidité excessive de sa solution. Il estime que, si pour reviser la convention on écarte l'arbitrage comme un procédé trop rudimentaire, on peut créer un tribunal pour y procéder (soit une chambre spécialisée d'un tribunal de l'ordre judiciaire, soit une juridiction spéciale). Mais il préférerait une révision par les intéressés à la majorité et non plus à l'unanimité en adjoignant à la commission paritaire des personnalités d'une objectivité absolue.

CHAPITRE II

ESSAI D'ANALYSE DE L'ARBITRAGE OBLIGATOIRE DES CONFLITS COLLECTIFS DU TRAVAIL

Pour bien déterminer l'objet de notre étude, il nous faut définir soigneusement le conflit du travail et ce qu'est l'arbitrage du droit privé.

Ceci nous amène à étudier successivement : ce qu'est un conflit collectif, comment on le distingue d'un conflit individuel, si tous les conflits collectifs sont de même nature, et comment est exercée une action collective.

Puis, après avoir cherché la nature exacte de l'arbitrage du droit privé et de l'amiable composition, il nous sera enfin permis d'analyser les juridictions que dissimule la notion d'arbitrage en droit social.

§ 1er. — Qu'est-ce qu'un conflit collectif

Ce titre pourrait être pris dans une acception plus large que celle que nous voulons lui donner. Nous examinerons dans notre troisième paragraphe la nature du conflit collectif. Ici nous voulons simplement chercher si le conflit collectif repose sur un droit collectif.

On sait que derrière la fiction des personnes morales il y a des biens qui sont l'objet d'un droit de propriété collectif. C'est évidemment une question connexe de notre problème, ou pour mieux dire, c'en est la base.

Il y aurait un droit collectif si tous les ouvriers d'une usine étaient groupés en une société qui traiterait avec le patron de l'entreprise du travail. Il appartiendrait à ce groupement de recruter ses membres, de les exclure, de les payer, de plaider contre le patron, quand il subirait du fait de celui-ci un préjudice, de répartir entre ses membres selon ses statuts les dommages et intérêts qu'il pourrait obtenir d'un tribunal, etc.

Il est bien évident qu'il n'y a presque jamais de groupement ouvrier qui traite de l'entreprise du travail avec le patron [1]. Les syndicats n'assument pas ce rôle. Mais il est possible qu'à l'origine d'un conflit se trouve un droit syndical. Supposons, par exemple, qu'un patron

(1) On pouvait citer avant 1914 : l'usine de cristaux de Baccarat, la célèbre fabrique Dayton (Ohio, U.S.A.), la fabrique Cockerill à Liège. Sur ce système dit « commandite d'atelier » voir M. Charles GIDE : *Les institutions du progrès social*, pp. 85-86-87.

renvoie systématiquement au moindre prétexte valable les ouvriers affiliés à tel syndicat; dans le conflit collectif qui en résulte c'est un droit associationnel qui est en question, car le syndicat a souffert dans ses biens et dans ses intérêts moraux, ici c'est un droit collectif qui est en jeu, car il y a un patrimoine collectif qui est lésé, c'est à juste titre que ce syndicat demande réparation du préjudice subi.

Voyons un cas un peu voisin : le conflit collectif de solidarité.

Un seul ouvrier est renvoyé, il prétend que son congédiement est dû à ses opinions politiques; normalement il doit demander des dommages et intérêts devant la juridiction prud'hommale. Mais le conflit collectif qui éclate au sujet de cet incident a-t-il pour base un droit collectif. Le syndicat qui intente l'action n'a pas subi de préjudice matériel direct, il n'exerce pas non plus les droits et actions de chacun de ses membres car, d'abord, il n'y est pas habilité, ensuite ceux-ci n'ont même pas d'action, car aucun ouvrier gréviste n'a un intérêt né et actuel au procès, chacun craint d'être congédié pour le même motif, l'intérêt est bien pécuniaire, mais il est futur et incertain.

Le syndicat défend un intérêt indirect et moral ce qui lui est loisible puisque aux termes de l'article II du livre III du Code du travail : « (les syndicats) peuvent devant toutes les juridictions exercer tous les droits réservés à la partie civile relativement aux faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif de la profession qu'ils représentent ».

Examinons maintenant le cas d'un conflit collectif qui éclate sur une demande d'augmentation des salaires. Il est bien évident que le syndicat n'exerce pas une action d'intérêt moral et il est non moins visible que l'intérêt pécuniaire en cause n'est pas celui du groupement syndical, ce sont les intérêts individuels de chaque ouvrier qui sont en cause, c'est leur patrimoine personnel qui aura un gain en cas de succès. Il n'y a pas de patrimoine collectif intéressé donc pas de droit collectif.

Concluons donc qu'*un conflit collectif a pour base soit l'exercice d'un droit collectif syndical, soit l'exercice collectif d'un faisceau de droits individuels*.

En dehors des actions syndicales, les conflits collectifs ne reposent que sur des droits individuels distincts faisant l'objet d'une action unique.

§ 2. - Distinction entre les conflits collectifs et les conflits individuels du travail

La question est fort importante, car les conflits individuels du travail sont jugés par les tribunaux ordinaires, et seuls les conflits collectifs sont de la compétence de la juridiction arbitrale.

La gravité de la question avait été notée déjà au Parlement, les commentateurs des lois d'arbitrage y ont insisté [1]. Aucun n'a donné de solution.

Dans son cours de doctorat en droit sur l'arbitrage obligatoire, M. William Oualid [2], après avoir noté le caractère délicat du problème, a donné 4 criteriums :

— le premier fait considérer comme collectif tout conflit qui intéresse un certain nombre de demandeurs : 50 en Hollande, 20 en Australie du Sud, 10 au Canada;

— le second n'en est pas un, il consiste, si nous comprenons bien, à dire que la longueur volontaire de la procédure préparatoire arrête les demandeurs qui n'ont qu'un grief individuel;

— le troisième consiste à dire qu'il n'y a que des cas d'espèce, que le médiateur et l'arbitre peuvent refuser de juger comme en Nouvelle-Zélande, s'ils estiment la cause futile ou de peu d'importance.

— le quatrième, qui serait le système français d'après M. Oualid, oblige le juge à statuer sur toutes les causes dont il a été régulièrement saisi [3].

Nous sommes, à dire vrai, saisis d'un scrupule, car nous avons donné à la pensée de l'auteur un aspect systématique qu'elle n'a pas. M. Oualid ne prononce pas le mot de criterium et ne traite la question qu'incidemment, à propos de la saisine de la juridiction arbitrale. Mais il nous semble bien, que cette faculté de juger, ou de se déclarer incompétent, nécessite un criterium pour juger de la nature de la demande, et si notre analyse a trahi la pensée de M. Oualid, il faudrait admettre qu'il a négligé la question, ce que nous ne croyons pas.

Pour nous, il nous paraît utile d'appuyer notre recherche sur les distinctions que nous avons faites dans notre paragraphe premier.

Un syndicat a-t-il subi un dommage dans son patrimoine, ou une atteinte à son intérêt moral (l'activité du syndicat ayant été l'objet d'une diffamation par exemple). Il est hors de doute qu'un droit collectif est lésé. On ne peut qualifier le conflit d'individuel, l'entité fictive du syndicat masque un patrimoine collectif, elle masque une collectivité. Il importe peu que le syndicat en tant que personne morale ait le droit de s'adresser à un tribunal de droit commun; pour abusif que soit le choix de juridiction qui lui est laissé, c'est là une question distincte, que nous aurons à examiner plus tard.

Si nous prenons le cas du conflit de solidarité, le problème est déjà plus complexe. A l'origine nous avons un conflit individuel, et le

---

(1) Voir en particulier : *Remarques sur la notion de différend collectif du travail*, par M. Roger PINTO. Dalloz. Recueil hebdomadaire, 1938, n° 25.

(2) William OUALID : *l'Arbitrage obligatoire*, cours de doctorat en droit, édition des Cours du Droit, pp. 111, 353, 354, 355.

(3) On trouvera dans le n° 1 de janvier 1939 (p. 30) de la revue *Droit Social* des décisions de la Cour Supérieure d'Arbitrage qui ne s'accordent pas avec cette affirmation.

syndicat en prenant fait et cause pour l'ouvrier licencié superpose un conflit collectif au conflit individuel. Si nous laissons ce dernier suivre son cours normal devant un Conseil de Prud'hommes ou un tribunal de droit commun, le bien fondé de l'action individuelle sera reconnu ou dénié par la sentence ou le jugement. Supposons que la demande soit reconnue infondée, l'action de solidarité manque de toute base, elle s'effondre. Si, au contraire, l'action est reconnue comme justifiée, le conflit collectif a-t-il lui aussi par réaction un intérêt certain ? La réponse a été donnée implicitement dans notre premier paragraphe, *elle dépend du fait que l'on puisse attacher un intérêt moral pour la collectivité* au jugement du procès individuel; dans ce cas seulement le syndicat est habilité à agir. L'exemple de notre premier paragraphe est un cas non douteux, la liberté d'opinion des ouvriers est en cause, le syndicat a le droit de demander le franc symbolique de dommages et intérêts, et peut être la réintégration de l'ouvrier, car la non réintégration serait un précédent qui, indiscutablement, diminuerait la portée du droit de liberté d'opinion [1]. Mais il ne serait pas difficile de trouver des exemples où l'intérêt moral de la profession n'est pas mis en jeu par la solution du litige individuel : un procès sur le montant des frais de déplacements dus à un technicien par exemple. Pour employer le langage du sport, nous dirons que dans le premier cas nous avions un match d'équipes, dans le second un match entre deux sportifs chacun bruyamment appuyé par une « claque de supporters ». Il appartient aux arbitres de décourager ceux qui croient que des partisans fort bruyants sont des co-équipiers.

Nous aurons à examiner plus loin la question de savoir s'il est logique, dans le cas du conflit de solidarité, que la juridiction saisie du conflit purement théorique et moral évoque le procès individuel.

Nous pouvons donc affirmer que toutes les actions syndicales peuvent faire l'objet d'un conflit collectif.

La difficulté de distinguer le conflit individuel du conflit collectif n'apparaît que dans le cas où ce dernier est formé d'un faisceau d'actions individuelles.

Pour nous, il y a conflit collectif quand la demande tend à faire sanctionner, créer ou modifier de la même manière des conventions ou situations juridiques abstraites ou concrètes, identiques pour plusieurs personnes déterminées ou indéterminées de la collectivité professionnelle.

Nous reconnaissons volontiers qu'une définition aussi longue et aussi complexe est défectueuse. Notre excuse est qu'elle doit englober des situations extrêmement variées.

---

(1) Voir dans ce sens la note de M. Teitgen dans le n° 5 du *Droit Social* (p. 212) du mois de mai 1938.

Décomposons cette formule :

1° Il faut que la demande soit faite au nom de plusieurs demandeurs ou s'applique à plusieurs défendeurs, s'il n'y avait qu'un demandeur et un défendeur, l'action serait individuelle. Notons qu'il ne faut pas simplement compter les grévistes possibles : les partisans, « les supporters » de la demande ne sont pas des intéressés. Quelle que soit la personne fictive qui exerce l'action ou y défende, il faut qu'il y ait derrière ce masque plusieurs parties.

Ici le premier criterium de M. Oualid trouve sa place, une législation peut fort bien fixer un chiffre minimum de parties en cause pour que soit ouvert le droit d'exercer cette procédure exceptionnelle. Mais cette multiplicité d'acteurs n'est pas suffisante, si les autres conditions ne sont pas remplies.

2° L'objet de la demande doit être le même pour tous les demandeurs, s'il était distinct pour chacun d'entre eux, quel que fut leur nombre nous n'aurions qu'une série d'actions individuelles : une demande de suppression d'amende du travail, une contestation sur l'évaluation de frais de déplacement, etc., etc.

Nous pouvons, d'ailleurs, avoir plusieurs chefs de demande qui n'intéressent pas des groupes identiques d'ouvriers.

3° Cet objet peut être la sanction d'un droit violé : droit à des indemnités familiales, droit à un congé, droit de ne pas faire plus de X heures de travail de nuit ou de travail supplémentaire, etc., et peu importe que le droit violé soit conventionnel ou qu'il soit reconnu par la loi, le règlement, un jugement ou une sentence.

Le but de la demande peut être aussi de créer ou de modifier une convention ou une situation de fait : réintégration forcée d'un ouvrier, institution d'un règlement arbitral supplétif ou modification d'une convention, etc.

4° La convention ou la situation juridique demandées peuvent être, disons-nous, abstraites ou concrètes et s'appliquer à des personnes déterminées ou indéterminées. Cette formule, un peu embarrassée, signifie seulement, que la demande peut être strictement définie : réintégration des nommés X, Y et Z, installation de tel appareil de sécurité, ou qu'elle peut être une clause abstraite s'appliquant à une catégorie de cas présents ou à venir, donc à des personnes indéterminées : limitation à tant d'heures par jour de la durée du travail des ouvriers de moins de 20 ans employés à tels travaux, fixation à la somme de X francs des frais de déplacement alloués à tout ouvrier de telle catégorie en dehors de la ville où siège l'entreprise, etc.

Nous avons dit, au début de ce paragraphe, l'intérêt qui s'attache à cette question pour déterminer la compétence de la nouvelle juridiction. Mais la difficulté qu'on éprouve à la résoudre est loin d'être aussi grande que celle qui s'attache à la distinction des conflits col

lectifs selon leur nature, la solution de ce dernier problème nous semble avoir des conséquences bien plus graves que celle du premier, car toute notre organisation économique, juridique et sociale y est attachée.

§ 3. — De la nature des conflits collectifs ou des divers types de conflits collectifs

A exactement parler c'est la nature des demandes, qui constituent les conflits collectifs, qu'il faut définir.

Bien entendu, il peut, comme nous l'avons dit, y avoir dans un conflit collectif, comme dans tout procès, plusieurs chefs de demande, qui aient ou n'aient pas entre eux de liens de connexité. Mais nous laisserons pour l'instant ces conflits complexes de côté.

Le législateur avait distingué, d'une part, les conflits du travail « d'ordre juridique, c'est-à-dire les conflits relatifs à l'exécution des conventions collectives, des lois et des décrets sur le travail » et, d'autre part, « tous les autres conflits collectifs du travail et, notamment, ceux d'ordre économique ».

Sur la première catégorie, les conflits dits « d'ordre juridique » MM. Mouton et Scelles sont d'accord et acceptent la définition du législateur, mais ils diffèrent sur la seconde. Pour M. Mouton les « autres conflits du travail » sont, soit des conflits de pure règlementation, soit des demandes de réintégration; M. Scelle, lui, ne voit hors du conflit juridique qu'une autre espèce de conflit, le conflit réglementaire, un conflit doit être l'un ou l'autre dit-il textuellement.

MM. Oualid [1], Blondel [2], Teitgen [3] et Duclos [4] sont du même avis.

Notons, en passant, la fausseté de la terminologie du législateur : tous les conflits du travail sont juridiques, non seulement les conflits relatifs à l'exécution des conventions, mais les demandes de règlements du travail et les demandes de réintégration.

Si la division bipartie de M. Scelle est exacte, il faut que la demande de réintégration ne constitue pas une catégorie à part, et rentre soit dans le conflit juridique, soit dans le conflit règlementaire.

Après congédiement, il n'y a plus entre un ouvrier et son patron aucun lien de droit, conventionnel ou légal, sa demande n'est donc

---

(1) Oualid : Cours de Doctorat, *op cit.*

(2) Blondel : Nature et portée de l'arbitrage obligatoire, revue du *Droit Social*, numéro de mars 1938.

(3) Teitgen : commentaire de la loi de 1938, revue du *Droit Social*, numéro de mars 1938.

(4) Duclos : commentaire de la loi de 1938, dans le *Recueil Périodique Dalloz*, 5e cahier de 1939.

pas un conflit dit « juridique ». Est-ce donc un conflit règlementaire? Un règlement est un statut qui crée des obligations objectives, générales, impersonnelles; la réintégration des ouvriers X, Y et Z est une demande personnelle, subjective, ce n'est donc pas un conflit réglementaire.

Comme c'est indéniablement un conflit collectif, nous sommes obligés d'adopter provisoirement la division tripartite de M. Mouton.

On voit de suite que cette division est mal équilibrée, c'est une énumération de deux catégories générales de conflits et d'un cas d'espèce, on sait que ce genre de définition a un défaut extrêmement fréquent : l'oubli de cas particuliers.

La demande de réintégration n'est pas une contestation sur un droit acquis, ni un conflit d'ordre règlementaire, c'est, avons-nous dit, une demande subjective, personnelle, limitée à un seul acte juridique, le réembauchage. Voyons si cette demande est seule de sa nature, si nous ne pouvons pas concevoir d'autres actions du même type.

Nous n'aurons pas à chercher beaucoup : demande de priorité d'embauchage des nommés X, Y et Z, licenciés en période de crise ou en période creuse de l'année; demande d'installation de tel dispositif de sécurité à telle machine (cellule photo électrique commandant l'arrêt en cas de geste imprudent par exemple), interdiction d'acheter une nouvelle machine parce qu'elle est dangereuse pour l'ouvrier ou peut amener un licenciement de personnel (appareils de chargement et déchargement mécanique des navires par exemple), demande d'installation d'un appareil assurant une meilleure ventilation dans la chaufferie d'un four à céramique (la nécessité d'empêcher l'entrée des poussières ayant conduit à calfeutrer les ouvertures), demande d'installation d'un appareil de protection collective contre les émanations toxiques (surpression d'air par exemple), demande d'installations d'hygiène (réfection de salles de douche), demande de sanctions contre un contremaître accusé d'abus d'autorité, etc., etc.

Notre énumération montre non seulement l'existence de cette catégorie, mais encore son importance.

Nous avons vu que M. Scelle assimilait le conflit économique et le conflit réglementaire. Pour nous, le conflit économique, c'est-à-dire la demande afférente au salaire ou à ses accessoires, rentre soit dans la catégorie de conflits que nous venons de définir, soit dans la catégorie des conflits réglementaires, selon que la demande se cantonne à des ouvriers nommément désignés, les nommés X, Y et Z, ayant une ancienneté de 15 ans dans l'usine par exemple, ou, au contraire, s'étende à une catégorie indéterminée d'ouvriers : ceux qui exercent telle fonction.

Cet exemple montre bien qu'il y a une étroite parenté entre ces deux ordres de conflit, d'ailleurs la clause règlementaire n'est que la généralisation dans une formule abstraite de droits individuels, les clauses du règlement sont celles de chaque contrat de travail.

On peut en conclure qu'il est possible d'englober ces deux ordres de conflits dans une seule catégorie.

Le but du conflit collectif est tantôt d'obtenir une décision judiciaire sur un droit violé, tantôt d'obtenir un nouveau contrat, une révision de l'ancien ou une clause nouvelle, et il peut s'agir soit du contrat individuel, soit du contrat collectif.

Nous dirons donc que : *les conflits collectifs ont pour objet, soit la solution d'une question de droit litigieux, soit l'obtention d'un droit nouveau;*

Ou encore que : *la demande qui fonde un conflit collectif tend, soit à la sanction d'un droit acquis, soit à la création d'un droit nouveau.*

Nous venons de parler de convention nouvelle. Cela implique-t-il, que nous adoptions, malgré la doctrine, la thèse jurisprudentielle de la nature contractuelle de la convention collective ? Evidemment oui. Pour prouver que cette convention n'est pas de nature contractuelle, la doctrine n'a qu'un argument : « la convention collective est un statut prévoyant des situations générales, objectives, impersonnelles, elle n'est pas l'œuvre unanime des parties, mais de collectivités ayant un caractère représentatif, et elle ne donne pas naissance à un contrat de travail, les parties n'assumant pas l'obligation de donner un emploi ». Rien n'est plus facile que de détruire cette thèse. Il n'y pas que les lois, décrets et règlements administratifs, qui soient des statuts, qui créent des situations générales, objectives, impersonnelles, nombre de contrats sont dans le même cas : le règlement de co-propriété d'une maison dont chaque occupant est propriétaire d'un étage, le contrat constitutif d'une société par actions, qu'on appelle d'ailleurs statuts, toute la partie impersonnelle d'un contrat d'adhésion et, en particulier, l'ancien contrat de travail. Quant au fait qu'une majorité d'intéressés passe le contrat au nom de la collectivité tout entière, cela se voit dans les contrats passés par des sociétés et aussi dans le concordat. Quant à dire que cela ne crée pas une obligation de donner un emploi, cela revient à dire que les clauses générales, de discipline par exemple, de l'ancien contrat de travail n'étaient pas contractuelles, et que seules l'étaient les clauses concernant l'embauchage et le salaire.

Non, la convention collective est un contrat : on a reconnu injuste que l'ouvrier soit contraint de signer un contrat de travail qui n'était qu'un contrat d'adhésion et on en a fait discuter les clauses générales par la collectivité ouvrière, mais en réalité, cette convention n'a pas d'autre effet que de déterminer par avance, par une libre discussion

et non plus par adhésion, les clauses générales de chaque contrat individuel de travail : la convention collective est, suivant le mot de M. Capitant, un avant-contrat [1].

La doctine tout entière, y compris MM. Mouton et Scelle, condamne elle-même sa thèse en montrant la plus vive répugnance à autoriser l'Etat ou les prétendus arbitres à réviser ou remplacer les conventions collectives. S'ils veulent que ce soit l'œuvre des parties seules, c'est bien que cette « convention » est de nature contractuelle.

§ 4. — A qui appartient l'exercice des actions collectives

C'est aux syndicats les plus représentatifs que nos lois ont remis l'exercice des actions collectives.

Lorsque ces syndicats sont victimes d'un préjudice direct ou demandent réparation du préjudice moral causé à la profession, ils ne font qu'exercer devant la nouvelle juridiction les actions, que notre droit leur permettrait d'exercer devant les juridictions de droit commun [2].

Mais lorsqu'ils exercent collectivement les droits de chaque membre de la profession, ceux-ci sont dispensés de figurer en nom dans la procédure c'est une exception à la règle que « nul en France ne plaide par procureur, hormis le Roi ».

La loi a donné ainsi aux syndicats les plus représentatifs un mandat légal, les organismes de la majorité représentent la minorité sans son agrément, peut être contre sa volonté. Tout se passe comme si on avait reconnu dans chaque profession la personnalité morale de la collectivité ouvrière et de la collectivité patronale et déterminé les administrateurs de ces personnes fictives. La différence, comme nous l'avons dit, est qu'il n'y a pas de patrimoine collectif, et que ce sont, malgré le caractère statutaire de beaucoup d'actes, les droits individuels des parties qui sont défendus par les organes de ces collectivités.

---

(1) Voir : *La convention collective de travail est-elle un contrat ?*, par M. Jean BRÈTHE DE LA GRESSAYE, Librairie Dalloz; et *Le dualisme de la Convention Collective de travail*, par M. Paul DURAND, dans le numéro de juin 1939 de la *Revue de Droit Civil*, pp. 353 et suivantes.

Pour nous, la difficulté de cette question réside dans le fait que la convention collective de travail est apparue dans un régime économique et social régi par l'individualisme de l'économie libérale, alors que cette convention appartient par sa nature au système corporatif vers lequel elle achemine.

Nous sommes tenté de voir dans cet avant-contrat la préfiguration du contrat d'association du patronat, de la main-d'œuvre et du capital, qui serait logique en régime corporatif. Il importe de ne pas oublier la dissociation qui s'est produite entre les forces de direction des entreprises (patronat, direction technique et maîtrise) et la propriété du capital.

(2) Voir sur « la superposition ou le chevauchement de compétence » la note de M. VIZIOZ dans le n° 4 (avril 1939) du *Droit Social*, p. 160, et les décisions de sens opposé publiées dans le n° 6 (juin 1939).

Ce simple exposé montre combien, en quelques années, notre législation a pu s'approcher du système corporatif.

§ 5. — De la nature de l'arbitrage du droit privé

Nous avons vu que MM. Mouton et Scelle, après avoir distingués l'acte contractuel de l'acte juridictionnel, en concluent que l'arbitre n'est pas un mandataire.

Cette théorie nous paraît inexacte, car il n'y a pas entre l'acte contractuel et l'acte juridictionnel l'opposition qu'ils veulent y voir, c'est une erreur de confondre la nature de la fonction exercée par l'arbitre avec la nature de la sentence, enfin l'arbitre exerce bien un mandat.

Nous aurons sur ce point à appliquer un critère formel et un critère de fond, et parfaitement d'accord en cela avec M. Scelle, comme nous l'avons dit plus haut, c'est au second que nous attachons le plus d'importance.

Tout d'abord, à un détail près, nous pouvons accepter aussi la définition que donne M. Mouton de l'acte juridictionnel : « au point de vue matériel, il faut et il suffit qu'il constitue la réponse à la question de savoir si une situation, un acte ou un fait déterminé constitue une violation de la loi ».

« Il faut en outre, au point de vue formel, que l'acte émane d'une personne ayant le pouvoir de donner à la question qui lui est posée une réponse définitive ».

Il y a, dans la deuxième partie de la définition, une légère erreur, le caractère définitif de la décision est une question de fond et non de forme. Nous pouvons donc résumer en la corrigeant cette définition sous la forme suivante : « *un acte est juridictionnel s'il donne une solution définitive à une question de droit litigieuse* ».

Mais nous avons perdu notre critère formel, cherchons en un chez M. Georges Scelle: à la cinquième page de son article, il nous dit « qu'il est impossible de considérer l'arbitrage règlementaire comme une convention, puisque c'est un acte unilatéral ». Tenons-nous notre critère, hélas non ! Unilatéral s'oppose à synallagmatique, et un jugement n'est l'œuvre ni de la partie gagnante ni des deux parties. Nous en arrivons donc à la définition suivante : *en la forme l'acte juridictionnel est l'œuvre d'une personne étrangère au litige, d'une personne indépendante et impartiale.*

Après avoir énoncé le critère formel de l'acte juridictionnel, venons en au fond de notre question, y a-t-il opposition entre l'acte contractuel et l'acte juridictionnel, autrement dit les parties ne disent-elles jamais le droit dans un contrat ?

Tout d'abord, il est bien évident que les parties qui passent des contrats un peu complexes sont obligées, avant de créer des obligations et d'opérer des transferts de droits, de préciser la situation juridique de chacune d'elles et la modification qu'elles y apportent.

Les contrats un peu importants commencent par un exposé des faits semblable aux qualités et aux attendus d'un jugement, la conclusion seule diffère, car au lieu de conclure sur un droit litigieux, elle crée un droit nouveau.

Mais il est aussi des actes dits déclaratifs ou recognitifs, qui disent le droit sans créer d'obligation. La différence avec un jugement porte simplement sur le fait qu'il n'y a pas litige que les parties reconnaissent d'elles-mêmes leurs droits.

Enfin, rien n'est plus courant dans la vie juridique que de voir les parties dire elles-mêmes le droit dans un procès sans avoir recours à un arbitre, ni à un juge. Il est même probable qu'il est plus de litiges tranchés par transaction que par jugement.

Si l'on considère le but, les effets des deux institutions, on constate qu'il n'y a pas de différence entre la transaction et l'acte juridictionnel, judiciaire ou arbitral. L'une et l'autre donnent une solution définitive à une question de droit litigieuse.

Soutiendrait-on qu'il manque à la transaction la force exécutoire ?

Mais celle-ci n'est pas de l'essence de l'acte juridictionnel, il faut noter avec M. Scelle que cette intervention de la puissance publique dépend de l'imperium du magistrat et non de sa juridiction. Ne suffit-il pas en pratique, d'ailleurs, de passer la transaction devant notaire pour lui attacher cette force.

On ne peut transiger sur les questions d'ordre public, mais on ne peut pas davantage en compromettre. Le ministère public est nécessairement partie au procès, dès que l'ordre public est intéressé, et l'Etat ne lui permet pas de discuter une question de cet ordre devant ce juge d'occasion qu'est l'arbitre, il ne l'autorise pas davantage à trancher lui-même la question d'accord avec les autres parties, ce serait renoncer aux garanties que donnent les magistrats professionnels.

Voudrait-on prétendre que la transaction a un champ plus étendu que la sentence arbitrale ou le jugement ? Ce serait inexact.

Si l'on peut joindre un contrat créateur d'obligations à une transaction, on le peut également devant un arbitre ou un tribunal.

Prenons un exemple : Primus ayant acheté, chez un marchand Secundus, un objet d'une certaine valeur, un appareil de T.S.F. par exemple, constate peu après que l'objet a un vice caché. L'acheteur et le vendeur peuvent par transaction convenir de la redhibition, de la remise à titre d'indemnité d'une partie du prix, de la réparation, de l'échange. En justice ne sont prévues par la loi que la redhibition et

l'action quanti minoris, mais rien n'empêche le défendeur Secondus d'offrir par conclusions de réparer l'objet ou de l'échanger; si le demandeur accepte, le tribunal rendra un jugement d'expédient constatant l'accord des parties, et, dans le dernier cas, il y aura résolution de la première vente et compensation entre le prix dû et la valeur du poste donné en échange.

Les seules distinctions qu'il y ait entre les deux institutions tiennent au fait que l'une est mise en œuvre par les parties, l'autre par une personne étrangère au litige, indépendante et impartiale. *Bref, la différence est purement formelle.*

C'est ce qu'a parfaitement vu Laurent : « le compromis a une grande analogie avec la transaction : les deux conventions ont pour objet de terminer un procès. Il y a, cependant, une différence essentielle, c'est que par le compromis les parties constituent un juge de leur choix, chargé de rendre un jugement, tandis que par la transaction les parties elles-mêmes terminent leurs différends par voie de contrat [1] ».

Pour terminer, notons qu'on peut nous faire une critique de terminologie : nous avons pris, à la suite de M. Mouton, le mot acte contractuel dans le sens plus large d'acte conventionnel. Le contrat étant essentiellement l'espèce particulière de convention qui crée des obligations. Ceci est exact, Pour être tout à fait précis, nous dirons donc, qu'entre l'acte conventionnel et l'acte juridictionnel il n'y a pas d'opposition : les parties sont amenées à dire le droit, en dehors de tout litige soit à l'occasion d'un contrat, soit dans une convention déclarative, ou recognitive de droit, et elles donnent une solution définitive à une question de droit litigieuse par la convention de transaction comme le feraient des juges ou des arbitres, la différence avec un acte juridictionnel étant purement formelle dans ce dernier cas.

Il est inutile d'insister sur la confusion qu'il y aurait à dire que l'arbitre ne peut être un mandataire parce qu'il fait un acte juridictionnel et non un acte contractuel, c'est mêler la nature de la fonction de l'acteur avec celle des actes qu'il accomplit. Pour prendre un exemple exactement inverse, c'est comme si, considérant un mandataire chargé d'une vente, on définissait le mandat par la vente.

Il nous reste à démontrer, que l'acte juridictionnel accompli par l'arbitre est fait en vertu d'un mandat.

M. Scelle ne traite que brièvement la question, tranchant en deux lignes qu'il est impossible de considérer « l'arbitre comme un mandataire, puisqu'on ne peut être le mandataire de deux volontés en conflits ».

Il invoque donc un seul argument, il est vai que c'est le plus fort. M. Mouton, lui, est plus prodigue, répétons ses arguments :

---

(1) LAURENT : *Traité de droit civil*, t. 28, p. 337, § 330.

1° Le mandataire agit es qualité, il ne peut donc avoir plus de droit que son mandant;

2° Le mandataire doit agir dans l'intérêt exclusif de son mandant et ne peut s'occuper d'intérêts opposés (argument de M. Scelle);

3° Le mandant a la possibilité de surveiller et de diriger l'exécution de la mission, il peut donner des instructions et des ordres;

4° Le mandant peut révoquer le mandataire quand bon lui semble;

5° Enfin, il peut réclamer des comptes de gestion.

Le premier argument n'est au fond que la reprise de la théorie de l'opposition de l'acte contractuel et de l'acte juridictionnel. M. Mouton estime que « les parties peuvent s'exposer mutuellement leurs prétentions avec les arguments qui leur paraissent les meilleurs pour convaincre l'autre partie. Elles peuvent encore transiger ou renoncer à leur demande et l'abandonner. Mais chacune d'elles ne peut trancher la question qui les sépare, et imposer sa volonté aux autres ». A l'appui de sa thèse, il cite M. Lainé pour qui « si l'on soutenait que les parties peuvent elles-mêmes prononcer, statuer sur leurs prétentions respectives, que chacune d'elle peut décider et imposer aux autres sa décision, on soutiendrait un non sens ». Que voilà un solide argument. Il n'a jamais été question de laisser une partie imposer sa volonté. Les parties qui transigent font une convention, il est nécessaire qu'elles soient d'accord, elles disent le droit, elles définissent, d'accord entre elles, leurs droits respectifs. Supposons qu'éprouvant quelque difficulté due, évidemment, à leur partialité, elles s'en remettent à deux arbitres, le droit ne pourra être dit par eux que d'accord; s'ils ne peuvent s'entendre, il n'y aura pas plus de sentence qu'il n'y a eu de transaction.

Si ces deux arbitres se mettent d'accord, ils n'imposent pas à une partie la volonté de l'autre, ils imposent aux deux parties une solution qu'ils estiment juste; l'arbitre unique fait de même. Ainsi, quand un vendeur et un acheteur ne peuvent se mettre d'accord sur le prix, ils désignent un expert qui aura pour mission de fixer un prix qu'ils acceptent d'avance. Quelle que soit la nature de la mission qu'on confie à l'expert, mandat ou louage d'ouvrage, il n'en est pas moins certain que le préposé commun des parties leur impose son opinion, et il importe peu que celle-ci soit identique à celle de l'une ou l'autre partie ou qu'elle en soit différente. Cette question finit donc par aboutir au deuxième argument commun à M. Scelle et à M. Mouton : un préposé commun de deux parties, mandataire ou loueur d'ouvrage, peut-il valablement leur imposer son opinion. On sait que pour l'expert cela ne fait pas de difficulté.

Ce deuxième argument invoqué à la fois par nos deux auteurs est de beaucoup le plus sérieux. Une même personne peut-elle dans un même contrat être mandataire de deux contractants dont les intérêts

sont opposés ? Notre point de vue aurait gain de cause même si nous comptions les témoignages de la doctrine et de la jurisprudence au lieu de les peser. A notre question voici comment répondent MM. Planiol et Ripert : « Il semble que rien ne s'y oppose, en principe, à condition que chacun des mandants en soit averti, soit explicitement, soit par la nature de la profession du mandataire auquel il s'adresse (commissionnaire, agent de change). Toutefois, lorsqu'il s'agira de dresser l'acte instrumentaire, constatant la convention, cet acte devra porter autant de signatures que de parties, et il semble bien que chacune d'elles ait, en principe, à y figurer par un mandataire distinct [1] ». Il faut avouer que le bel argument que constituait le début de notre citation est un peu gâté par le formalisme enfantin de la fin, par cette rédaction de l'acte instrumentaire avec d'autres signataires que la personne qui a fait naître les obligations, n'importe.

Baudry, Lacantinerie et Wahl admettent que la même personne soit mandataire d'un vendeur et d'un acheteur et payée par les deux « à condition qu'elle ne sacrifie pas les intérêts de son mandant [2] ». Là aussi on ne comprend pas très bien l'emploi du singulier.

Dans leur traité de « Droit Commercial », MM. Lyon-Caen et Renault exposent que : « A défaut de disposition légale, il paraît juste de décider que le commissionnaire... ne peut pas non plus accepter des commissions en sens contraire de deux personnes différentes... Il serait toujours à craindre... que chargé d'intérêts contraires il ne pût pas les défendre en même temps. D'ailleurs, l'article 1.596 du Code civil, qui décide que le mandataire chargé de vendre ne peut acheter, est directement applicable au commissionnaire ». Mais, quelques lignes plus haut, ces auteurs avaient noté : « Comme avant tout les conventions font la loi des parties, il ne saurait y avoir de difficulté qu'autant qu'aucune convention spéciale n'est intervenue sur ce point [3] ».

MM. Lyon-Caen et Renault sont donc d'accord avec MM. Planiol et Ripert : le parties ont le droit de contracter par l'intermédiaire d'un mandataire unique.

La jurisprudence la plus ancienne et la plus soutenue admet que le commissionnaire soit le mandataire d'une contre-partie, ce qui, soit dit en passant, est moins dangereux que de lui permettre de se porter lui-même contre-partie [4].

---

(1) PLANIOL et RIPERT : *Traité de Droit Civil*, t. XI. *Le Mandat*, p. 788.

(2) BAUDRY, LACANTINERIE et WAHL : *Traité de Droit Civil. Mandat*, p. 293, § 602.

(3) LYON-CAEN et RENAULT : *Traité de Droit Commercial*, t. III, p. 335.

(4) DALLOZ : *Code Civil Annoté*. Art. 1596 : « le mandataire peut se faire consentir une vente volontaire par son mandant, quand celui-ci est maître de ses droits ». Req., 25 juillet 1875; D. P., 76, 1, 373. Bordeaux, 5 avril 1894; D. P., 94, 2, 476.
DALLOZ : *Répertoire Pratique. Commissionnaire*, § 38 : « Il est admis qu'il est libre de se porter contre-partie lorsque son mandant en est avisé »; § 39 : « Il est généralement admis que le commissionnaire peut représenter valablement deux mandants

L'agent de change est juridiquement un commanditaire, c'est donc un mandataire, or, il a le droit de faire une opération de bourse par application, c'est-à-dire entre des clients personnels acheteurs et vendeurs; la loi, pour garantir son impartialité dans cette opération, exige seulement qu'un membre de la Chambre syndicale constate l'absence de demandes ou d'offres plus favorables [1].

Une partie de la doctrine admet donc que le mandataire représente deux parties dont les intérêts sont opposés, la pratique connaît couramment de tels contrats et depuis très longtemps la jurisprudence les déclare valables sous la seule condition que les mandants aient connu la double qualité de leur mandataire.

A la vérité, il n'y a pas de raison pour soutenir qu'un mandataire ne peut représenter deux parties en conflit si ce n'est le soupçon de partialité que l'on attache à toute décision d'un préposé qui doit juger son commettant.

Mais nous connaissons d'autres institutions ou le même soupçon est possible :

Devant les juridictions administratives n'avons-nous pas des fonctionnaires, agents de l'Etat, qui jugent les actes de leur commettant, et les simples particuliers, qui plaident devant eux, n'ont pas même comme dans l'arbitrage un droit de contrôle sur le choix de la personne qui va les juger, et pourtant on ne soupçonne pas ces juridictions de partialité. Il en va de même pour les experts, choisis par accord de deux parties litigantes, ils sont leurs préposés et on leur demande un avis impartial. Leur mission n'est, d'ailleurs, pas très différente de l'arbitrage. La jurisprudence leur reconnaît même la qualité d'arbitre, si la convention des parties donne force exécutoire d'avance à leur avis.

Nous croyons avoir ainsi démontré que l'on peut être le préposé de deux parties en conflit et rester impartial.

A supposer que MM. Scelle, Mouton et Lainé aient raison contre toute la jurisprudence et le reste de la doctrine, le mandat commun de deux parties opposées serait donc nul et le cas de l'agent de change une exception légale. Aucun texte n'édicte cette nullité, nous aurions donc affaire à une nullité tacite comme dit M. Planiol, virtuelle comme disent Aubry et Rau. Mais une telle nullité ne peut qu'être déduite d'une disposition prohibitive ou impérative de la loi, rien de tel n'existe en notre matière. La vérité est que ces auteurs voient une présomp-

---

différents ayant des intérêts opposés : Req., 13 mai 1895; Bordeaux, 18 janvier 1848; Civ., 11 avril 1860.

Pandectes Françaises, t. 18, *Commissionnaire*, dans le même sens §§ 192, 193, 194 : Bordeaux, 18 janvier 1848; Bordeaux, 4 juillet 1849. *Contra :* Havre, 7 décembre 1866; Rouen, 25 juillet 1868.

(1) DALLOZ : *Répertoire Pratique*. Agent de change, §§ 82, 101.

tion de dol dans le mandat commun, ce n'est pas une présomption légale, et quand c'est en connaissance de cause que les deux parties ont désigné un mandataire commun on ne peut parler de présomption de fait.

Notre point de vue est exprimé avec le maximum de force par M. Garsonnet dans son traité de procédure civile : « Malgré les différences essentielles qui distinguent l'arbitre choisi par une partie d'un mandataire ordinaire, les principes du mandat ne laissent pas de s'appliquer quelquefois à l'arbitrage : c'est qu'en effet l'arbitre unique choisi par les deux parties a reçu d'elles la mission de juger leur différend et que le tribunal arbitral constitué par deux parties dont chacune a choisi son arbitre a reçu d'elles la même mission. D'où la tient-il sinon d'un contrat, et quel peut être ce contrat sinon un mandat [1].

Un seul point, après ce texte, reste à préciser. Les différences essentielles dont parle M. Garsonnet tiennent à un seul fait : l'arbitre unique est le mandataire commun des parties, les arbitres choisis, chacun par une partie, sont nécessairement agréés par l'autre dans le contrat de compromis, cet agrément et leur mission commune les rendent eux aussi des mandataires communs des parties. Et c'est cette qualité de mandataires communs qui donne à tous les arbitres comme premier devoir celui de l'impartialité, tout comme à l'expert, préposé commun des plaideurs ou d'un vendeur et d'un acheteur.

Les trois derniers arguments de M. Mouton sont beaucoup moins sérieux, car l'analyse du caractère d'impartialité du mandat arbitral ne les laisse pas subsister.

Les parties peuvent bien donner toutes les explications qu'elles jugent nécessaires, véritables plaidoiries, sur leur thèse mais elles ne peuvent donner l'ordre de statuer dans un sens, ce serait contraire au but même du mandat, ce serait sa révocation. Notons bien, que le devoir de l'arbitre n'est pas de défendre une thèse contre un autre arbitre, qui défend celle de l'autre partie, l'arbitre étant le mandataire des deux parties a pour mission de dire le droit entre les conclusions respectives.

Quant à la révocation, M. Mouton se trompe, elle est possible, comme pour tout mandataire, mais comme la nomination a été faite par contrat synallagmatique, la révocation doit prendre la même forme; la loi ne faisant que l'application du droit commun impose le mutuus dissensus là où il y avait eu mutuus consensus (Code Civil, article 1008).

L'arbitre serait-il, pour répondre au dernier argument, dispensé de rendre compte de sa mission ? Il n'en est rien. Certes il n'est pas

(1) GARSONNET : *Traité de Procédure Civile*, p. 365, § 1.492.

comptable de deniers : on ne lui en a jamais confiés. Mais de même qu'un notaire chargé de faire transcrire un acte de vente doit restituer les actes qu'on a pu lui confier et justifier de l'exécution de sa mission par un double portant la mention de la transcription, l'arbitre doit rendre aux parties les pièces qu'elles lui ont remis et justifier de l'exécution de sa mission par la remise de sa sentence.

Il nous reste à étudier une dernière question : l'arbitrage est-il une fonction publique ?

Pour nous ce n'est qu'un contrat prévu comme la transaction par le Code Civil, la sentence arbitrale est une espèce de convention transactionnelle passée par mandataire.

Il est vrai que la procédure suivie par l'arbitre est la même que celle que suit le juge, mais cela ne suffit pas pour ôter à cette institution son caractère privé, l'arbitre est un juge privé, le magistrat, lui, a entre ses mains, comme l'ancien magistrat romain de la procédure extraordinaire, les pouvoirs du judex et l'imperium, et seul ce dernier pouvoir relève de la puissance publique. La sentence arbitrale a même moins de portée que la transaction, puisque sa légalité est soumise à l'examen du Président du Tribunal, qui lui donne l'exequatur. Mais par un point, l'arbitre approche de la fonction publique du juge, s'il n'y atteint pas, c'est par l'impartialité. On pourrait, en forçant à peine la nature des choses, dire que la transaction, l'arbitrage, la juridiction publique sont trois formes de la même institution, qui assurent, la première, la rapidité et la simplicité de juridiction, la seconde, toute l'impartialité et la compétence que peuvent lui donner le choix des parties, la troisième, le maximum de garantie de science, d'impartialité et de puissance que l'Etat puisse donner.

L'AMIABLE COMPOSITION

Nous avons vu que pour MM. Scelle et Mouton l'arbitre amiable compositeur exerce deux fonctions : il est d'abord un législateur qui modifie, abroge ou confirme la loi en vigueur, puis un juge qui applique cette loi.

Ces auteurs ne se sont pas aperçus que leur théorie entraînait à sa suite la rétroactivité de la loi ainsi créée, le défendeur sera condamné pour n'avoir pas observé une loi qui n'existait pas encore au moment où le conflit est né. Ce serait de l'iniquité. Il ne saurait y avoir de faute contractuelle ou délictuelle sans une obligation préexistante.

Notre démonstration pour brève qu'elle soit nous paraît suffisante, l'arbitre ne crée pas le droit, il n'est pas législateur.

Quelle est donc la nature des pouvoirs de l'amiable compositeur ?

Puisqu'il ne peut créer le droit, nous n avons à examiner que la limite à sa faculté de le dire. Nous avons dit qu'il n'y avait pas de différence essentielle, de nature, entre l'acte juridictionnel et l'acte conventionnel. Nous allons en donner une preuve de plus.

L'arbitre amiable compositeur a, dans sa fonction, la même liberté que les parties, qui passent entre elles une transaction. Au fond, les parties peuvent faire toutes conventions ou, dans notre cas, appliquer toute convention qui ne va pas contre une loi impérative ou prohibitive, c'est-à-dire contre un texte qui contienne une disposition d'ordre public. En la forme, les parties peuvent à leur gré respecter ou violer les règles de forme prévues par les lois, sauf celles qui intéressent l'ordre public (c'est-à-dire, en général, celles qui protègent l'intérêt des tiers).

C'est tout simplement l'application de la distinction des lois en obligatoires et facultatives, les parties peuvent déroger à toutes les lois interprétatives de volonté ou supplétives de clauses conventionnelles et admettre l'inobservation des lois formelles non obligatoires.

L'arbitre amiable compositeur a, disons-nous, les mêmes pouvoirs que les parties; il se voit implicitement dire par elles, quand elles le chargent de juger en équité : nous n'avons pas, en contractant, eu l'intention de trancher nos difficultés par les interprétations légales, nous n'avons pas passé d'actes « en autant de doubles que de parties », nos engagements résultent de simples lettres, nous ne nous sommes pas mis dans le cadre du droit strict, nous avons contracté de bonne foi, nous vous demandons de nous juger de la même façon, d'après la logique juridique de nos conventions, d'après l'équité, c'est-à-dire les règles de l'honnêteté la plus simple, sans arguties et sans chicane.

Le domaine de l'équité est en réalité celui du droit naturel ou droit des gens, celui de l'honnêteté, de la bonne foi dégagée de toutes les règles formalistes de notre droit positif.

Si les arbitres, amiables compositeurs, imposent aux plaideurs des obligations nouvelles non prévues par la loi, ce n'est pas comme législateurs, mais comme mandataires munis de pouvoirs plus étendus que les simples arbitres.

Pour reprendre notre ancien exemple, un amiable compositeur peut imposer au marchand Secundus d'échanger l'appareil de T.S.F. défectueux ou de le réparer, ce que les juges ou l'arbitre ordinaire ne pourraient faire que par un jugement d'expédient, si les parties avaient manifesté leur accord sur ce point.

Toute personne qui exerce un pouvoir réglementaire a nécessairement reçu l'investiture de l'Etat, l'arbitre ne tient la sienne que des parties. Il n'est qu'un mandataire.

Pour terminer la question, notons que c'est encore une erreur que de soutenir que les juges ne statuent jamais en équité contra legem. Rien n'est plus fréquent au contraire. Sans doute depuis 1915 [1], il n'est plus possible en vertu de la loi à un magistrat de statuer en équité, lorsqu'il a un texte clair et précis; mais le pouvoir que la loi ne lui donne pas, les parties le lui donnent en fait : lorsque leurs conclusions écartent telle interprétation donnée à leur convention par un texte de loi, elles obligent le juge à statuer en équité sur leur convention, contra legem. Un plaideur, qui serait en droit d'invoquer une prescription, ne le fait pas volontairement et plaide l'extinction partielle de sa dette par compensation, il se place sur le terrain de la bonne foi et de l'équité et oblige les juges à l'y suivre. La seule différence qui subsiste en notre matière, et elle est importante, c'est qu'il faut des conclusions explicites, des parties pour que leurs conventions soient jugées autrement qu'à l'aide des textes interprétatifs et supplétifs, les plaideurs ne peuvent par une formule générale placer leur litige sur le plan de l'équité, ils doivent exclure systématiquement et expressément par conclusions réciproques conformes les règles qui leur paraissent contraires à l'esprit de leur convention.

L'arbitrage et l'amiable composition sont et restent inévitablement des institutions exceptionnelles, presque anormales, justement parce qu'elles supposent deux plaideurs de bonne foi.

§ 6. Des fonctions qu'assume l'arbitrage en droit social

L'examen des textes législatifs fait déjà pressentir « cette juxtaposition hétéroclite d'institutions » dénoncée par M. Scelle. Mais c'est surtout par l'examen des fonctions qu'assume l'arbitre que nous pouvons découvrir la nature de l'arbitrage obligatoire du droit social, car l'incompréhension des législateurs a inextricablement enchevêtré ces institutions.

Laissons de côté la fonction conciliatrice, que nous aurons l'occasion d'étudier dans un autre chapitre.

Sous le nom de sentences arbitrales nous avons en droit social quatre institutions distinctes :

1° Une véritable sentence arbitrale;

2° Un jugement;

3° Une convention transactionnelle passée par un ou plusieurs mandataires;

4° Un acte d'un délégué du législateur : acte quasi réglementaire ou loi privée.

---

(1) La loi du 22 décembre 1915, modifiant l'article 15 de la loi du 25 mai 1938, a permis de se pourvoir en cassation pour violation de la loi contre les jugements des juges de paix. Les juges de paix statuant en dernier ressort ne peuvent donc plus juger en équité.

Les deux premières permettent de dire le droit, de sanctionner un droit violé, elles correspondent à la première catégorie de conflits collectifs, les deux dernières créent le droit et sont les modes d'accomplissement de la deuxième sorte de demande que peut contenir un conflit collectif.

1° Conflit sur droit acquis

ou conflit tendant à la solution d'un droit litigieux

(conflit « purement juridique » de la doctrine)

Nous savons que nous avons à trancher un litige qui est soit une action syndicale, soit plusieurs actions individuelles exercées collectivement par les syndicats les plus représentatifs. Ce sont des procès de droit commun qui pourraient fort bien être dévolus aux tribunaux civils, de paix ou prud'hommaux selon les cas, et il dépend au fond du demandeur de les porter devant la juridiction de son choix; seule la règle que nul ne plaide par procureur aurait pu faire difficulté devant une de ces juridictions, elle est dans ce cas levée par les lois de 1936 et 1938.

Comme pour tout procès de droit privé les parties ont la faculté de soumettre leur différend à des arbitres et non aux juges institués par l'Etat.

En droit commun, la différence entre ces deux juridictions ne tient pas à leurs pouvoirs : l'une et l'autre disent le droit, mais les arbitres tiennent leur investiture des parties, ils en sont les mandataires, les juges sont institués par l'Etat qui leur donne, outre leur pouvoir de juridiction, l'imperium, c'est-à-dire une certaine délégation de pouvoir exécutif.

L'arbitre obligatoire du droit social est-il un arbitre ou un juge. Les législateurs de 1936 et 1938 ont si bien embrouillé l'écheveau qu'il est assez difficile de distinguer les deux fonctions.

Dans la mesure où le choix est libre, c'est à de vrais arbitres que nous avons affaire, mais ce choix est-il jamais vraiment libre de la part du défendeur qui sait que son refus de désignation entraînera la nomination de son arbitre par l'administration. Ce n'est pas le défendeur qui abandonne volontairement la garantie des tribunaux réguliers, on l'y contraint. Dans le cas de clause compromissoire insérée dans un contrat commercial règne la même contrainte. Et l'on sait que la jurisprudence admet que si un commerçant refuse, malgré une telle clause, de désigner son arbitre, le tribunal peut le faire pour lui.

En droit social, la contrainte est d'un degré plus fort, car la clause compromissoire est elle-même obligatoire, et la liberté est encore réduite, car on n'a pas remarqué que la loi n'a nullement prévu que

l'arbitre de chaque partie doive être agréé par l'autre plaideur, ici chacun impose à l'autre le juge de son choix, alors qu'en droit privé il faut qu'il y ait accord. Chaque arbitre n'est pas le mandataire des deux parties comme en droit privé, il est le mandataire d'une seule d'entre elles, sauf le cas assez rare de l'arbitre unique. Le caractère de contrat transactionnel par mandataire en est encore accentué.

Nous admettrons qu'il reste encore aux parties et en particulier au défendeur suffisamment de liberté pour reconnaître à l'institution le caractère d'un arbitrage.

Mais, par une erreur manifeste, le Parlement a en 1938 donné la force exécutoire à toutes les sentences arbitrales par le simple dépôt au greffe d'un tribunal.

Les parties sont privées de la garantie d'un examen de la sentence au point de vue de sa légalité formelle par le magistrat chargé de lui donner l'exequatur. Et ces arbitres qui se voient ainsi donner l'imperium font un peu fonction de juge, ils exercent vraiment, de par la simple volonté des parties, une fonction publique, ce qui est abusif.

Si le peu de liberté des parties, l'absence de contrôle de la sentence, le don de l'imperium nous permettaient d'hésiter sur le caractère de l'arbitre choisi par les parties, le doute n'est plus possible quand le choix est fait par l'Etat, ou plutôt par un agent de l'Etat, Préfet ou Ministre: alors nous avons affaire à un juge. Peu importe que ce juge ne soit désigné que pour une seule affaire. L'arbitre et surtout le surarbitre désignés par l'Administration sont, pour ainsi dire, des juges occasionnels.

Nous aurons à examiner la valeur de ce système dans le chapitre que nous consacrerons au juge populaire en droit social.

2° Des conflits collectifs qui constituent des demandes de droits nouveaux

Selon les cas, nous aurons : une demande de contrat collectif de travail (soit qu'il n'en existe pas, soit que le précédent ait été régulièrement dénoncé) ou une demande de révision de contrat (ce qui nécessite une convention de résolution avant que l'on introduise des clauses conventionnelles nouvelles) ou encore une demande de droit subjectif précis.

Notons que, s'il s'agissait d'une action en justice, la demande de résolution serait une demande de rescision pour lésion non prévue par notre droit positif, les clauses antérieures étant léonines ou injustes par suite de l'imprévision de circonstances économiques nouvelles.

Nous avons remarqué aussi qu'à côté de demandes impersonnelles, statutaires, il y a des demandes précises, subjectives, dans lesquel-

les, une fois le droit obtenu, il s'épuise immédiatement par l'exécution; c'est une obligation instantanée.

Quelle que soit la nature particulière de telles demandes, le juge ou l'arbitre peut-il y donner satisfaction, peut-il créer le droit ?

Au Sénat, le 26 décembre 1936, M. Lémery s'était aperçu que la question se posait, comme nous l'avons dit.

Le juge dit le droit et ne le crée pas. Un refus d'exécuter une obligation se résoud par des dommages et intérêts. Si une obligation nouvelle est mise par le juge à la charge d'un plaideur, cette obligation ne naît pas de la volonté du magistrat statuant en droit prétorien, elle naît d'une situation de fait prévue par la loi et dont le tribunal a reconnu l'existence. Mais en dehors des obligations légales, jamais un tribunal ne crée un droit, ne contracte au nom d'une partie : il ne peut que reconnaître et sanctionner les droits existants.

Cette disposition si impérieuse et si sage de notre droit, qui soustrait les parties à tout arbitraire judiciaire, s'applique à l'arbitrage du droit commun et à l'arbitrage du droit social.

Les obligations n'ont que deux sources : la volonté des parties et la loi.

Si une obligation nouvelle n'est l'œuvre ni des parties, ni de leurs représentants légaux, ni de leurs mandataires, ni de leurs gérants d'affaires, elle est l'œuvre du législateur ou de son délégué.

Les prétendus « arbitres » du droit social n'étant ni représentants légaux ni gérants d'affaires des parties, ne peuvent être que leurs mandataires ou des délégués du législateur, lorsqu'ils créent des obligations nouvelles. Ils sont des mandataires quand ils sont choisis librement par les parties, des législateurs dans le cas contraire.

A. — L' « arbitre » en tant que mandataire

Si la doctrine est unanime à reconnaître que parfois « l'arbitre » du droit social est un législateur, elle ne l'est pas moins à lui contester la qualité de mandataire.

Mais ces négations énergiques sont accompagnées de tant d'embarras sur la pratique de l'institution que nous comptons bien utiliser contre eux le témoignage de nos propres adversaires.

1° *L'arbitre du droit social est-il un mandataire ?*

Nous allons être éclairés par une fonction extrêmement voisine, celle de l'expert chargé d'évaluer un immeuble vendu. Quelle est la nature de sa mission ? Ce n'est pas un arbitre a-t-on dit, car le litige

ne porte pas sur des droits déjà nés. Ce n'est pas un expert parce que son avis n'est pas facultatif, ce n'est pas un avis mais une décision. La dernière jurisprudence et la dernière doctrine [1] y voient un mandat commun des parties.

Quel est l'objet de notre recherche ? La nature de la fonction exercée par la personne compétente, experte en matière sociale, que les parties ont chargée sous le nom « d'arbitre » de fixer dans un contrat de travail le salaire (analogue au prix de vente) ou tout autre clause. Il est inutile de nous amuser à répéter le raisonnement, il est trop clair que l'analogie est irréfutable. Les prétendus « arbitres » sont des mandataires. Et en notre matière ils ne sont même pas toujours des mandataires communs. Sans doute on ne peut dénier cette qualité à l' « arbitre » unique. Mais quand chaque partie choisit son arbitre elle ne le fait pas, en vertu de la loi du moins, agréer par l'autre. Nous tombons dans le mandat de droit commun, avec cette caractéristique, toutefois, que les nominations étant synallagmatiques, la révocation n'est possible que par accord comme pour un arbitre unique.

La chose avait été vaguement aperçue au Parlement. Le Ministre du Travail n'a-t-il pas déclaré le 18 février 1938 : « L'arbitrage n'est à vrai dire que le prolongement de la conciliation » [2].

La conciliation a pour but une convention que constate le procès-verbal, il est certain que « l'arbitre » fait, en notre matière, ce que les parties auraient pu faire en conciliation.

La doctrine, en ne voulant pas reconnaître le caractère de mandataire aux arbitres, s'est interdit par là de voir un contrat dans la sentence arbitrale: mais c'était si nécessaire, si logique, que MM. Scelle et Mouton montrent la plus grande répugnance au règlement arbitral du travail et souhaitent une modification de la législation qui remette aux parties seules le droit de modifier les conventions existantes, avec l'aide, il est vrai, de quelques personnes impartiales qui joueraient le rôle de déterminateur, qui feraient la majorité. Comme on peut prévoir deux thèses également inacceptables, ce serait l'expert déterminateur qui ferait la convention, et on retombe dans le cercle vicieux.

M. Scelle était même allé plus loin dans la voie de l'aveu en disant : « dans l'état actuel de notre législation les arbitres, ceux du premier degré tout au moins, sont beaucoup plus souvent les porte-paroles ou les mandataires de fait des parties que des arbitres proprement dits ».

Dans son édition de 1924 de son traité des « institutions de progrès social », M. Charles Gide notait déjà : « C'est vainement que l'on

(1) PLANIOL et RIPERT : *Traité de Droit Civil*, t. X, *La vente*, § 37.

(2) *J. O.*, Débats Parlementaires, Chambre des Députés, 18 février 1938, p. 427.

composera le conseil d'arbitrage de trois ou de cinq juges élus. Etant donné l'antagonisme irréductible des prétentions en présence et le *mandat impératif*, tacite sinon formel, qui forcera les élus à statuer en faveur de leurs mandants, c'est le président qui décidera seul, ses collègues étant plutôt des avocats que des juges ». L'emploi du mot « avocat » et surtout de la formule « mandat impératif » montre que M. Gide percevait vaguement que l'on a plutôt affaire à des mandataires qu'à des arbitres [1].

M. Oualid constatant le même fait se plaint qu'il y ait là, de la part des arbitres, une méconnaissance de leur rôle : « le mode même de désignation des arbitres fait de ceux-ci beaucoup plus des avocats chargés de défendre le point de vue de leur commettant que des juges » [2].

M. Oualid note par ailleurs que de plus en plus les parties, aussi bien ouvrières que patronales, ont tendance à ne pas prendre des arbitres indépendants, mais des chefs du mouvement syndical ouvrier ou patronal : « Il y a là une sorte de confusion des pouvoirs, et il est extrêmement difficile dans ces conditions que le résultat escompté soit favorable... de prétendus arbitres qui sont en réalité les porte-paroles, les avocats, les délégués des parties en cause et qui ne peuvent guère conclure un accord, ... que sur le choix d'un sur-arbitre » [3].

Lorsque les hommes se plient si peu volontiers à remplir une fonction dans le sens où l'analysent les théoriciens, on peut être sûr que ce ne sont pas les premiers qui ont tort.

Chargés de créer des obligations, n'ayant d'attache qu'avec une des deux parties, chaque « arbitre », malgré tous les beaux raisonnements théoriques sur l'impartialité, s'est considéré comme le mandataire de son électeur, et c'est lui qui avait raison.

Il faut avouer que l'institution est un peu ridicule, ces mandataires de fait ne peuvent conclure un accord équitable, puisque leurs mandants fanatisés leur donnent des mandats impératifs. En appelant l'institution du faux nom d'arbitrage, cela permet de se lamenter sur la faiblesse de ces arbitres partiaux, au lieu de reconnaître que c'est une erreur législative. Voilà l'inconvénient de cette fausse terminologie.

Quant deux Etats ne peuvent terminer un conflit par transactions, à quoi sert de les contraindre à une rencontre de plénipotentiaires

---

(1) Si l'on soutenait que l'avocat n'est pas un mandataire, il suffirait de préciser que c'est simplement parce qu'on ne lui a laissé que la moitié du rôle de défense en justice, l'avoué dont on ne conteste pas le caractère de mandataire en ayant l'autre moitié. En Tunisie où, très logiquement, tous les avocats sont sous le nom de postulants des avoués, la discussion n'est pas possible.

(2) Oualid, *op. cit.*, p. 283.

(3) Oualid, *op. cit.*, p. 311; voir dans le même sens la déclaration faite à M. Oualid par un arbitre ouvrier, p. 316.

intransigeants. Si un arbitrage doit intervenir, il faut que ce soient des tiers qui imposent la solution.

2° *Dans quelle mesure les « arbitres » de notre législation sont-ils des mandataires ?*

Le choix d'un mandataire doit être libre et la mission qu'on lui confie ne doit pas être imposée; sinon le contrat est entaché de violence, il n'y a ni consentement ni représentation, les actes du mandataire sont nuls.

Dans quelle mesure peut-on dire en droit social que les parties sont libres, quand on leur impose la clause compromissoire, qui ici aboutit à un mandat forcé, non un mandat de juger, mais un mandat de créer des obligations.

Nous avons implicitement résolu la question en cherchant si l'arbitre qui dit le droit est un véritable arbitre ou un juge. La maladresse dans la rédaction de nos lois est incontestable comme nous l'avons montré.

En pratique, cela n'a d'ailleurs, à peu près, aucune importance, comme l'a montré M. Oualid, si le conflit est peu sérieux, il y a conciliation sans qu'on ait recours aux pseudo-arbitres, sinon tout ce que peuvent faire ceux-ci c'est de désigner un sur-arbitre, qui, lui, peut être considéré soit comme un mandataire commun qui n'a pas, par nécessité, de mandat impératif, soit, beaucoup mieux à notre avis, comme un délégué du législateur bizarrement choisi, élu par les plaideurs.

B. — De l'arbitre en tant que délégué du législateur

Nous avons longuement examiné la nature des demandes de droits: à côté de demandes de droits subjectifs, précis, consistant souvent en obligations qui s'éteignent par un seul acte d'exécution, nous avons vu des demandes abstraites, statutaires. MM. Mouton et Scelle, qui n'ont perçu clairement que ces dernières, les nomment réglementaires. Mais par là, ils commettent une grave confusion, car ils assimilent ces actes statutaires aux actes règlementaires des autorités inférieures de l'Etat. Cette identification serait vraie en régime collectiviste où l'Etat imposerait aux ouvriers un statut de fonctionnaires, elle est sinon fausse du moins forcée et abusive dans notre droit.

La distinction est incontestablement subtile entre ces deux sortes d'actes, mais elle existe. Le règlement arbitral, incontestablement, est une loi qui supplée à la volonté des parties: les lois supplétives

ne sont pas d'ordre public, et pourtant notre règlement est une loi impérative qui crée des obligations et, à l'inverse des contrats, on ne peut se refuser à exécuter son obligation en offrant une indemnité, l'exécution en est forcée. Ce caractère impératif cède pourtant, d'autre part, à la volonté commune des parties. Cet acte législatif impératif perd son efficacité comme un contrat par le mutuus dissensus. Par ailleurs, ce règlement crée des obligations synallagmatiques.

Notre analyse suffit, la différence avec la loi ordinaire, supplétive, interprétative ou d'ordre public est telle qu'il faut reconnaître que nous avons là une nouvelle catégorie de loi à la fois supplétive et impérative qui s'éteint, non par la volonté du législateur, mais par la volonté commune des parties. On peut, si on le veut, appeler un tel acte : quasi réglementaire, c'est une loi privée.

Si nous examinons les demandes de droits subjectifs précis : sont-ce des actes législatifs ? La réintégration dans telle usine de tel ouvrier, l'interdiction dans tel port de l'achat de telles machines de chargement des navires, etc.

Une telle mesure ne serait-elle pas un acte d'administration ?

Pour nous, sans dissimuler le caractère exceptionnel que présentent de telles lois dans notre législation, nous croyons que l'acte qui crée des obligations civiles entre des particuliers, sans intérêt direct ou indirect d'une administration, ne peut être qu'une mesure législative.

Le danger de tous ces actes exorbitants du droit commun est évident, nous l'avons noté un peu plus haut, ils sont à la limite du collectivisme. Quand les « arbitres » ou le tribunal du travail risqueront-ils de tomber dans ce piège, quelle est la limite de leurs pouvoirs [1], c'est la question qui nous reste à examiner ?

§ 7. — Conclusions

En résumé :

Le conflit collectif est soit l'exercice d'un droit syndical, soit l'exercice collectif d'actions individuelles.

Le conflit est collectif en la forme dans le cas d'un conflit de solidarité.

Le conflit est collectif par nature quand la demande tend à faire sanctionner, créer ou modifier de la même manière des conventions ou situations juridiques abstraites ou concrètes, mais identiques pour

---

(1) Sur l'arbitraire qu'entraîne la possibilité de ne juger qu'en équité et sur le danger que court en conséquence notre organisation sociale, voir l'article de M. Savatier : « les rayons et les ombres d'une expérience sociale : l'arbitrage obligatoire des conflits collectifs du travail », dans le Recueil hebdomadaire Dalloz 1938, n° 5.

plusieurs personnes déterminées ou indéterminées de la collectivité professionnelle.

Les actions collectives sont exercées par les syndicats les plus représentatifs en vertu d'un mandat légal.

Il n'y a pas opposition entre l'acte juridictionnel et l'acte conventionnel.

La transaction et la sentence arbitrale sont de nature identique.

C'est l'impartialité de l'arbitre qui distingue sa fonction de celle des parties dans la transaction.

L'arbitre est un mandataire commun des parties, avec mission de conclure un acte de même nature que la transaction.

L'arbitre amiable compositeur n'est pas législateur, le pouvoir de juger en équité lui permet d'écarter les solutions qui ne sont pas d'ordre public du droit positif et de juger selon le droit naturel, la morale et la logique juridique du contrat, sans observer les formes de procédure qui ne sont pas d'ordre public; il peut joindre à sa sentence toutes les obligations que les parties peuvent équitablement joindre par convention à leur transaction.

Les conflits collectifs sont de deux ordres : ou portant sur un droit acquis ils tendent à la solution d'un droit litigieux ou ils tendent à l'obtention d'un droit nouveau.

Derrière une sentence arbitrale du travail peuvent se dissimuler quatre institutions différentes : une sentence arbitrale, un jugement, une convention quasi transactionnelle passée par un ou plusieurs mandataires, un acte d'un délégué du législateur (acte quasi réglementaire ou loi privée).

CHAPITRE III

DE LA LIMITE DU POUVOIR ARBITRAL

Il n'est pas difficile de déterminer la limite des pouvoirs des « arbitres » dans trois sur quatre des fonctions qu'on leur fait assumer en droit social.

Quand l'arbitre est un juge, ses pouvoirs sont définis et limités par la loi, l'acte introductif d'instance et les conclusions des parties.

Il en est de même quand il exerce les fonctions d'arbitre, telles qu'on les connaît en droit privé. S'il a, en outre, les pouvoirs d'un amiable compositeur, nous avons vu qu'il pouvait juger en équité, c'est-à-dire rejeter, s'il le croit juste, toutes les règles de droit positif qui ne sont pas d'ordre public et accoler à sa sentence, proprement dite, les conventions que les parties pourraient adjoindre à une transaction ou admettre par conclusions conformes qui demandent un jugement d'expédient.

L'arbitre en tant que mandataire des parties a la même liberté qu'elles, il n'est limité dans ses décisions que par les lois sur les bonnes mœurs et l'ordre public.

La difficulté apparaît quand l'arbitre exerce un fonction quasi législative. Y a-t-il dans ce cas des règles qui limitent sa compétence ou bien est-il omnipotent ? Peut-il agréer une demande ouvrière de participation aux bénéfices et de contrôle de la direction de l'entreprise par exemple ?

Divers systèmes peuvent être soutenus.

Un premier consisterait à dire que sa compétence est illimitée. On comprend l'émotion que manifestait le 17 décembre 1936 M. Chaumié au Sénat en voyant que l'on risquait de faire d'un homme un demi-dieu, maître de transformer l'organisation économique, véritable dictateur.

On peut croire, en effet, qu'aucun Etat digne de ce nom n'abdiquera ainsi entre les mains d'un délégué ou d'un collège de délégués du pouvoir législatif un pouvoir aussi exorbitant, ou qu'en tout cas il ne le soumettra pas à son contrôle.

Nous en arrivons donc à un second système qui tendrait à limiter par avance les pouvoirs de ces « arbitres délégués du législateur ».

Mais quelles limites en notre matière le pouvoir législatif peut-il donner : le droit naturel, l'ordre public, la morale, plus particulièrement le droit de propriété considéré comme intangible et le droit

naturel. C'était bien là l'opinion de la majorité du Parlement en 1936, c'est ce qui apparaît dans l'article 13 de la loi sur l'arbitrage, dont on a dit qu'il ressemblait plus à un vœu de conseil général qu'à un texte de loi.

Mais nous avons vu les parlementaires les plus modérés avouer que le droit de propriété d'une usine n'est pas aussi étendu que celui d'un champ que l'on cultive de ses propres bras. N'arriverons-nous pas, d'ailleurs, à amenuiser jusqu'à l'anéantir ce droit de propriété ? Et surtout n'aurons-nous pas des législateurs qui soutiendront que ce droit ne fait pas partie du droit naturel et qu'il est destiné à s'éteindre, qu'il est dans la logique de l'histoire qu'il disparaisse ?

Nous arriverions donc d'après cette théorie à concevoir que le pouvoir arbitral serait limité par la volonté du pouvoir législatif, c'est-à-dire par sa majorité, peut être composite, et à coup sûr changeante. Que voilà une fâcheuse règle, nous n'avons en définitive que transporté la question, la lutte sociale au lieu de se dérouler dans l'usine va se produire dans le champ clos de l'enceinte législative, combien de fois changera-t-on de critère ?

Quel que soit ce danger, la réponse à la question que nous avons posée en tête de ce chapitre sera donc donnée par le pouvoir législatif dans un texte qui limitera par avance les pouvoirs de ses délégués, mais c'est infiniment difficile, car nous n'avons guère que des cas particuliers et ce texte risquerait d'être une énumération incomplète et vaine. Il est infiniment plus facile de prévoir un recours devant le pouvoir législatif ou le Conseil d'Etat pour contrôler dans les cas limites la sentence arbitrale.

Nous savons donc comment sera imposé un contrôle au pouvoir arbitral. Mais nous ne connaissons pas le criterium qui permettra à l'arbitre de savoir ce qu'il peut faire et les décisions qui lui sont interdites parce qu'elles porteraient atteinte à des principes supérieurs, constitutionnels, intangibles. On voit par là que nous demandons aux arbitres et au législateur d'adopter plus et mieux qu'un criterium de la limite du pouvoir arbitral. Nous dénions à l'Etat le droit qu'il s'est réservé jusqu'à ce jour de garder la neutralité en matière sociale, c'est-à-dire le droit de ne pas faire en cette matière le départ entre le juste et l'injuste tant que les protestations indignées du peuple et l'émeute grondante ne l'y obligent. Il est nécessaire que l'Etat ait une doctrine.

C'est poser la question de savoir si le droit de propriété et la liberté de contracter sont de droit naturel.

Nous n'avons pas la folle prétention de résumer en quelques pages toute la question sociale, mais sous peine de laisser notre sujet incomplet, nous ne pouvons pas refuser de chercher ce criterium ou plutôt cette doctrine.

Quelle fut sur ce point la position de nos législateurs de 1936 et de 1938 ?

La majorité était composite : à deux partis collectivistes (partis socialiste et communiste) avaient été agrégés par la lutte électorale des partis ayant des opinions opposées sur l'organisation sociale. La minorité était plus cohérente, on peut dire qu'elle défendait le droit de propriété et le libéralisme économique. Mais les positions étaient ambiguës de part et d'autre, car les collectivistes partisans de la lutte des classes défendaient avec la loi sur l'arbitrage un projet de paix sociale, ce qui est évidemment contradictoire (on peut, toutefois, soupçonner que leur but était uniquement d'apporter à leurs électeurs une arme de plus et une arme moins dangereuse à manier que la grève).

La minorité et les partis non marxistes de la majorité n'étaient pas non plus sur un terrain bien solide : tout en approuvant le projet dans son esprit, ils soutenaient la légitimité du droit de propriété et de la liberté de contracter. Mais la loi même qu'ils acceptaient donnait des limites à cette liberté de contracter, à la libre concurrence et peut être au droit de propriété. Des modérés n'avouaient-ils pas que le droit de propriété sur les usines est moins étendu que sur les champs. Plusieurs d'entre eux ont expressément condamné le libéralisme économique, mais cette condamnation de principe ne les empêchait pas d'en rester les tenants puisqu'ils n'avaient aucune doctrine à y opposer si ce n'est l'intervention de l'Etat pour la protection de la paix sociale dans les troubles. Parmi ces partis non collectivistes, un seul présentait une doctrine, c'était le groupe des catholiques sociaux, dont le représentant, M. Le Cour Grandmaison, a exposé le point de vue, évidemment sans espoir, mais sous les applaudissements unanimes de la Chambre [1].

Si nous en avions le temps, nous pourrions reprendre les propos des parlementaires et souligner leurs contradictions et leurs erreurs. Un tel travail serait aussi vain qu'amusant. La seule conclusion que l'on puisse tirer de la lecture des 300 pages de débats parlementaires, c'est que nos législateurs voulaient résoudre tous les conflits du travail et mettre fin aux luttes sociales, interdire le recours à la force, à ces guerres privées que sont les grèves et les lock-out: c'est là une excellente chose, mais cela ne permet pas de séparer le juste de l'injuste dans les demandes des parties.

Puisque notre droit positif ne nous donne aucune règle, nous en sommes réduits à avoir recours au droit naturel, c'est-à-dire à la philosophie du droit, à la morale.

Nous l'avons dit, les questions essentielles sont les suivantes : le droit de propriété, la liberté de contracter et sa conséquence, la

---

(1) *J. O.*, Débats Parlementaires, Chambre des Députés, 15 février 1938.

liberté des profits sont-ils de droit naturel et, s'ils en sont, ont-ils une limite et laquelle ?

La façon même dont notre question est posée délimite les thèses en présence. La thèse collectiviste qui a l'avantage, en France du moins, de n'avoir pas été soumise à l'épreuve des faits, soutient que l'appropriation privée des moyens de production est un simple fait historique, destiné à disparaître parce qu'injuste et tendant à l'inégalité des revenus, et que sa suppression amènera inévitablement celle de la liberté de travailler et de contracter. La thèse de la liberté économique, vaisseau faisant eau de toutes parts, est au fond celle de la majorité du Parlement de 1936 et 1938 malgré les reniements purement verbaux de quelques députés.

La troisième thèse est celle d'une infime minorité de parlementaires, la thèse du catholicisme social qui admet la légitimité de la propriété, mais impose à la liberté de contracter la limite du juste prix et du juste salaire.

Votre étude, peut-on me dire, va porter sur des idées élémentaires, de simples lieux communs, qui ne sont pas, chez la plupart d'entre nous, l'objet d'idées raisonnées, mais de préjugés. Il est vrai, mais le monde n'est conduit que par de tels préjugés et il est bon de les examiner afin de voir si nous sommes bien conduits par ces nobles et universels préjugés dont parlait Anatole France.

La propriété est-elle de droit naturel ?

Les socialistes, nous le verrons, répondent que la propriété est injuste dans sa source, qui est un vol et dans sa conséquence l'inégalité. C'est la vérité de ces assertions que nous devons étudier tout d'abord.

Si l'on examine la question de la propriété de la terre, personne ne peut contester la légitimité du droit du premier occupant. A celui qui opposerait qu'en France ce droit se perd dans la nuit des temps, il serait facile de répondre que ce droit d'occupation joue encore sur les espaces incultes du centre de l'Afrique ou de l'Australie. Il est vrai que les gouvernements se prétendent propriétaires de toutes les terres sans maîtres, mais sur la brousse ou la jungle, cette propriété de l'Etat est toute théorique et n'a qu'un intérêt fiscal. Il est incontestable qu'en fait c'est la possession, le défrichement qui fonde le droit de propriété. Les luttes entre les squatters d'Australie, de Nouvelle-Zélande et l'Etat, telles que les expose le rapport de la mission Métin [1], sont là pour le prouver. Et si le droit des défricheurs ne s'est pas régulièrement transmis, si quelque usurpation a pu se produire dans la chaîne des transmissions du droit de propriété, la bonne foi des possesseurs actuels ne peut être contestée.

---

(1) Législation ouvrière et sociale en Australie et Nouvelle-Zélande. Mission Métin, 1901, Imprimerie Nationale.

Il est tout aussi impossible de contester au point de vue moral le droit de propriété d'un inventeur : la machine qu'il a imaginée et construite nous semble être son bien au même titre que son propre corps, au même titre qu'est sienne la composition d'un musicien, le bloc de glaise animé par la main du sculpteur.

L'épargne est le fruit du travail, c'est comme la terre mise en valeur par le travail, comme la machine, du travail accumulé.

Les premiers élèves de Karl Marx ont soutenu que seul le travail était productif de richesses. Mais c'est un point de vue qu'on a si bien réfuté, qu'il n'est plus défendable ni même défendu par qui que ce soit : socialiste ou libéral.

L'industrie moderne a trop bien démontré le caractère productif du machinisme et du crédit qui permet d'acquérir les machines et de lancer une industrie. Trois éléments interviennent dans la production : la nature, le capital (travail accumulé), le travail [1].

Si nous songeons ici à la vieille formule : « la propriété c'est le vol », nous devons reconnaître que, par le résumé précédent, nous n'avons fait que prouver la légitimité possible du droit de propriété. Mais il est incontestable que dans les fortunes, si une part a une origine légitime, une autre part est due aux bas salaires et à des profits usuraires sur les consommateurs. Et il ne peut être question de contester le caractère immoral de cette propriété, mais il faut avouer qu'elle n'en est pas illégale et illégitime pour cela. La conscience moderne s'est incontestablement affinée, mais il faut bien reconnaître, que non seulement la loi, mais aussi la conscience populaire ne déclaraient pas illégitimes les biens acquis à la faveur de la liberté de contracter et de la liberté des prix qui en était la conséquence. Cette conscience générale affinée peut bien déclarer immorale cette liberté et modifier en conséquence les lois, mais elle ne peut sans injustice rétroagir et condamner ce que le passé admettait.

Certains socialistes modernes ne s'attardent plus à détruire par des arguments moraux le fondement du droit de propriété. Un esprit aussi perspicace que celui de Bernard Shaw [2] par exemple ne s'embarrasse pas d'une aussi fausse doctrine, ni de celle de la non productivité du capital. Ce qui le touche, c'est l'injuste misère populaire et la suppression de la propriété n'est nullement considérée par lui comme une œuvre juste et le but du socialisme, mais simplement comme le seul moyen d'assurer une meilleure répartition des richesses ou plus exactement des revenus.

Le système économique qui est ainsi condamné sous le nom de capitalisme est en réalité le régime économique libéral [3]. Et sa con-

---

(1) Henri Comte de Paris : *Essai sur le Gouvernement de demain*, p. 165.

(2) B. Shaw : *The intelligent woman's guide to socialism.*

(3) Comte de Paris : *op. cit.*, p. 165.

damnation a été prononcée non seulement par les clameurs de haine et de souffrance du monde ouvrier, mais par tous les esprits éclairés, non seulement ceux qui se réclamaient du socialisme, mais aussi ceux qui étaient à l'opposé. Et il faut reconnaître qu'un régime qui a permis pendant des années des journées de travail d'une longueur harassante, non seulement pour les hommes, mais pour les femmes et les enfants, qui a permis le travail au fond des mines des jeunes garçons, des femmes et des fillettes, ne leur donnant aucune garantie en cas d'accidents et ne leur laissant qu'un salaire de famine, un régime qui laissait « les hommes des classes inférieures dans une situation d'infortune et de misère imméritée », qui les laissait isolés et sans défenses, « à la merci de maîtres inhumains et à la cupidité d'une concurrence effrénée » [1], il faut reconnaître qu'un tel régime méritait sa condamnation.

Dans l'ordre plastique, les dessins du Borinage d'un Van Gogh, répliques modernes infiniment plus sombres des tableaux des Le Nain, seront pour l'avenir, avec les lettres de cet artiste, une source d'étonnement et confirmeront la justice de la sentence rendue contre un régime qui permettait cette misère, cette crasse et cette laideur.

Bernard Shaw a consacré un chapitre entier au « diagnostic du socialisme »; pour lui l'essence de cette doctrine est l'égalité de revenus entre les hommes « sans égard pour le caractère, le talent, l'âge ou le sexe », c'est par là que les « socialistes peuvent être distingués des philanthropes, des libéraux, des radicaux, des anarchistes, des nationalistes, des syndicalistes et des mécontents de toutes sortes ». Et les deux volumes de Shaw ne font que justifier sa doctrine par l'utilité et en démontrer la possibilité d'application.

Mais d'autres que lui ont cherché un fondement philosophique au collectivisme et ont trouvé la théorie de l'égalité :

« Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droit ».

« Tous les hommes sont égaux par la nature et devant la loi ».

Jamais la vérité et l'erreur n'ont été fondues en une arme plus dangereuse pour la société. Comment un esprit simple pris par la flatterie de ces maximes y distinguerait-il le vrai du faux ?

Il est vrai que les hommes sont égaux en dignité spirituelle. Mais le caractère d'une telle affirmation est essentiellement religieux : « l'origine, la constitution intime, la destinée finale sont les mêmes pour tous. Ils sont tous les fils d'un même père », dit le Cardinal Verdier examinant cette question. De là l'Eglise conclue « que tous les hommes possèdent à un égal degré les droits essentiels, c'est-

(1) Encyclique pontificale du 16 mai 1891.

à-dire les droits sans lesquels l'homme ne pourrait pas vivre en homme. Quels sont-ils ? » Leur détermination et surtout leur énumération sont difficiles à faire : « le droit à la vie, à l'intégrité de ses membres, à la santé normale, le droit au salut personnel et aux moyens nécessaires pour y parvenir, le droit de fonder une famille, de posséder ses enfants... Il en est d'autres, tels que le droit à la liberté, à la sûreté dont on ne peut dire qu'ils sont des droits essentiels sans faire, au préalable, de multiples distinctions ».

Sauf par des motifs religieux, il est impossible de prouver cette égalité foncière de l'homme. Mais, par contre, est-il nécessaire d'esquisser la moindre démonstration pour prouver que les hommes sont inégaux en force physique, en valeur intellectuelle et morale, en volonté ? Etait-il nécessaire, qu'en un livre d'enfant cher à bien des grandes personnes, Baloo vint chanter aux louvetaux et à Mowgli la loi de la jungle, en une féerie magnifique, pour nous apprendre que la vie est une lutte, où le fort seul survit, une lutte dans laquelle la sagesse et la science, la ruse et la prudence peuvent parfois dominer la force brutale. « La jeunesse dit « qui donc me vaut ! » en l'orgueil de son premier gibier. Mais la jungle est grande et le jeune est petit. Il doit se taire et méditer ». La jeunesse seule, pense le vieil ours, peut donner la présomption de croire qu'il n'y a pas d'être plus fort que soi, lorsqu'on vient soi-même de manifester sur autrui sa supériorité.

C'est la doctrine d'un grand réaliste et c'est aussi la vérité. A l'opposé du monde des idées, un théoricien du socialisme tel que Bernard Shaw est, lui aussi, trop perspicace pour se laisser séduire par une telle théorie. Les hommes ne sont ni libres ni égaux devant la nature et la vie, il le sait et le dit, mais il refuse de tenir compte de ces inégalités.

Nombre d'écrivains soviétiques ont échappé eux aussi et de la même manière à cette erreur.

Mais pour les autres, il est curieux que des esprits matérialistes et athées soutiennent une théorie qui n'est défendable qu'à l'aide d'arguments religieux: ne serait-ce pas, tout simplement, que même dans ses reniements, l'humanitarisme révolutionnaire est pénétré de christianisme ?

Bernard Shaw, avons-nous dit, ne défend donc pas le collectivisme en vertu de raisons philosophiques, mais uniquement sur le terrain de l'utilité pratique.

Pour corriger l'injustice de la répartition des richesses en régime d'économie libérale, il faut partager également les revenus, et ce partage est conditionné par la suppression de la propriété privée des moyens de production. Il est exact que les plus habiles, les plus intelligents, les plus actifs des hommes produisent plus de richesses que les médiocres, et cette inégalité est inévitable, elle est d'ailleurs

utile à la collectivité, elle constitue dans le régime libéral une rente de l'habileté. Cette rente d'habileté ne peut disparaître, mais on peut la nationaliser et refuser à ces individus supérieurs une part de revenus plus grande que celle du plus mauvais des ouvriers. Shaw sait très bien que par là il détruit, avec l'intérêt personnel, le plus puissant ressort de l'activité humaine. Il croit répondre à cet argument en démontrant que les esprits supérieurs sont désintéressés.

Il est certes admirable qu'un grand artiste travaille sans l'incitation du gain et fasse don de son œuvre à son pays, mais il n'est pas admissible que l'Etat la lui confisque d'autorité. C'est un peu pour prendre un exemple dans l'esprit de ceux de Shaw, comme si un mendiant, arrêté pour vol à la tire, prétendait que la personne volée, ayant pu avoir l'intention de lui faire l'aumône, son vol était innocent, simple anticipation sur la volonté de la victime.

Mais l'histoire ne prouve pas seulement le désintéressement de beaucoup de grands savants et de grands artistes, elle prouve qu'ils sont longtemps méconnus, pour être spoliés du fruit de leurs travaux quand enfin on reconnaît leur valeur.

Il est incontestable que les esprits complètement désintéressés sont infiniment rares, et on ne peut inférer de l'existence de quelques-uns le droit de dérober aux autres le produit de leur labeur. Le vice du système collectiviste est son injustice. Platon avait depuis longtemps reconnu qu'il est deux sortes d'égalité, l'une vulgaire, l'autre supérieure en vertu de laquelle ont doit traiter également les choses égales et inégalement les choses inégales. Cette égalité supérieure n'est autre que la justice.

Au terme de cette première partie de notre recherche, il nous est permis de conclure que les arbitres en tant que délégués du législateur commettraient une injustice en aidant par la modification des contrats de travail à la dépossession des propriétaires et à l'instauration du collectivisme, doctrine de la répartition égale des revenus entre des hommes de valeur inégale.

Nous avons reconnu que le système économique libéral n'était pas viable et prouvé la légitimité de la propriété et de l'inégalité des revenus, il nous reste à chercher la limite du droit de propriété, faute de la trouver, nous serions dans une impasse.

L'Eglise a toujours enseigné que la propriété n'était pas seulement un droit, mais aussi qu'elle avait une fonction sociale, que la propriété était le moyen voulu par Dieu pour assurer à l'homme sa subsistance; celle-ci assurée, tout le superflu est grevé de l'obligation de secourir, les biens produits par la propriété « doivent aider les hommes à vivre et à bien vivre ». La fonction sociale de la propriété relève de la charité [1]. Mais, dit l'Encyclique quadragesimo

(1) Voir Cardinal VERDIER, *op. cit.*, chapitre IV, *passim*.

anno : « c'est à tort que certains prétendent renfermer dans des limites identiques le droit de propriété et son légitime usage ». L'Etat a donc le droit d'intervenir pour fixer le légitime usage que l'on peut faire de la propriété, mais ce droit d'intervention de la société doit se limiter à cela sans attenter à la propriété elle-même [1].

Il est évident que, tant que le propriétaire cultive seul son bien, aucun conflit ne naît. La satisfaction de la fonction sociale de la propriété n'est ici qu'un problème de conscience, une question de charité. Les difficultés apparaissent dès que le propriétaire est obligé d'avoir recours à des collaborateurs pour faire valoir son bien. Le problème de la liberté des contrats se greffe alors sur la question de propriété, car ces contrats sont passés pour l'usage de la propriété.

La maxime qui proclame l'égalité des hommes devait entraîner comme corollaire la liberté de contracter, alors que suivant le mot de Lacordaire cité, le 15 février 1938 à la Chambre, par M. Le Cour Grandmaison : « entre le fort et le faible, c'est la liberté qui opprime et c'est la loi qui affranchit ».

Notre droit positif laisse à toute personne ayant le plein exercice de la capacité civile la liberté de contracter. Les seules limites qu'il impose à cette liberté sont les lois qui intéressent les bonnes mœurs et l'ordre public. Cette dernière notion est marquée surtout par la sanction de nullité qui frappe les actes contractés sous l'empire du dol ou de la violence.

Mais pour les actes contractés par faiblesse, par inexpérience, par impéritie, sous l'empire de la nécessité, nos codes sont presque muets, le faible est à la merci d'une habile cupidité. Notre Code Civil n'a prévu la rescision pour lésion que dans quelques rares cas : la minorité, le partage, la vente d'immeuble, l'acceptation d'une succession. Quelques lois spéciales ont étendu cette sanction aux ventes d'engrais, à l'assistance maritime, au salaire minimum pour le travail à domicile, à la spéculation illicite en temps de guerre.

Cette absence de protection, déjà à peine compréhensible au début du XIX[e] siècle dans une société simple, surtout agricole, est devenue inadmissible dans notre société moderne, dont les villes tentaculaires étalent avec une égale impudeur leur luxe et leur misère. Comment s'étonner que « les hommes des classes inférieures placés dans une situation d'infortune et de misère imméritée », isolés, sans défense « sous un joug presque servile », instruits de tous les raffinements

---

(1) « On ne peut douter que la richesse et la propriété peuvent être, et se montrent souvent des puissances sacrées et divinement bienfaisantes ».

« La dignité divine de la richesse, les saints devoirs de la propriété ont été incessamment violés et profanés par des générations et des générations de ploutocrates qui n'ont fait aucun effort pour s'élever à la pleine beauté et majesté de la position que doivent impliquer la richesse et la propriété ».

Anthony LUDOVICI : *A defence of aristocracy*.

du luxe par le spectacle de la rue, des magasins et du cinéma, réclament hautement qu'un principe de justice commutative domine les contrats qui assurent leur vie.

La règle qu'a rejetée notre droit positif et à laquelle il faudra revenir, pour que l'arbitre puisse guider les conflits ouvriers vers une autre solution que le collectivisme, c'est l'interdiction de l'usure.

L'Eglise s'appuyant sur l'autorité de l'Ancien et du Nouveau Testament déclarait illégitime le prêt à intérêt et l'expliquait par la stérilité de l'argent. La société antique s'était par avance chargée de démontrer la nécessité de cette règle, et il suffit de rappeler les troubles périodiques que causèrent, aussi bien à Rome qu'en Grèce, les demandes de réduction des dettes, de se souvenir qu'au témoignage de Plutarque, des hommes tels que Caton et Brutus furent de féroces usuriers, et qu'au témoignage de Tacite, pas un seul sénateur, sous le règne de Tibère, n'était innocent de ce crime.

Quant à notre époque, qui oserait critiquer le qualificatif que lui appliquait le comte de Mun : « le siècle de l'usure » ?

La nécessité de l'industrie et du commerce poussa les théologiens à admettre que le prêt put laisser un certain gain en vertu du lucrum cessans, du damnum emergens, du periculum sortis, de la poena conventionalis ou du titre légal, c'est-à-dire en vertu de la licéité légale [1].

A une date récente, le canon 1543 du Codex Juris Canonici a maintenu le caractère illicite du prêt à intérêt, mais a admis la licéité de la convention qui stipule un intérêt légal ou même un profit plus grand « si un titre juste et proportionné le permet » [2].

Une telle règle nous paraît parfaitement fondée en logique et en équité. Elle permet le prêt à intérêt si la somme empruntée n'est pas destinée à la consommation, mais à se procurer des moyens de production de richesses, et alors le profit doit être juste et proportionné à la productivité de ce capital.

Cette interdiction de l'usure n'est pas restreinte au prêt, elle s'étend à toute l'activité économique et commande les théories du juste prix et du juste salaire.

Pour ceux qui voudraient, malgré l'équité de cette règle, lui donner un autre fondement que des témoignages religieux, il est facile d'invoquer l'utilité et même la nécessité sociale. Un philosophe tel que Platon [3] avait aperçu et exprimé cette limite au droit de propriété et à la liberté de contracter : « Tout législateur, tout Etat... qui mettra au premier rang de l'estime les richesses, ... péchera contre

---

(1) CAVALLERA : *Précis de la doctrine sociale catholique.*

(2) *Ibid.*

(3) PLATON : *Lois, passim.*

les règles de la justice et de la saine politique ». « La plupart des hommes, ... lorsqu'ils pourraient se contenter d'un gain modéré aspirent à des profits sans mesure ». « Il est défendu de prêter à usure, dans ce dernier cas, nous autorisons l'emprunteur à ne rendre ni l'intérêt ni le capital ». Il faut que les magistrats « examinent quelle est la recette et la dépense d'où résulte pour le marchand un profit raisonnable ». Nous avons là et la condamnation du profit usuraire et la théorie du juste prix. Platon qui ne concevait que des citoyens propriétaires n'a pu édicter une règle du juste salaire, mais il en était bien près en fixant le bien de famille minimum, insaisissable et incessible qui était calculé pour assurer à chaque famille un revenu suffisant.

Etait-il nécessaire de faire appel et au témoignage de la religion et à celui du plus grand des philosophes pour fonder une règle que la simple équité aurait dû faire admettre ? Hélas ni l'équité, ni l'autorité de telles voix n'ont pu faire admettre ces vérités, ni les faire passer dans aucune législation moderne [1].

Et il ne faut espérer aucun apaisement social si elles ne sont pas admises et si les arbitres n'ont pas le droit de s'en inspirer pour le règlement des conflits du travail.

Au terme de ce long exposé, ne sommes-nous pas en mesure de fixer les limites du pouvoir arbitral ou du moins de préciser la doctrine qui permettra à l'arbitre de séparer dans les demandes le juste de l'injuste :

La propriété est de droit naturel:

Elle a une fonction sociale, qui relève de la conscience individuelle et de l'esprit de charité;

L'usage de la propriété est soumis à la loi;

La loi ne doit pas porter atteinte au droit de propriété et son intervention n'est justifiée que lorsque le propriétaire fait appel à des collaborateurs pour mettre son bien en valeur.

Les hommes sont égaux en dignité spirituelle, inégaux en valeur intellectuelle et morale, en force physique, en volonté, en activité.

Le développement spirituel de l'homme exige que son salaire ne soit jamais inférieur à un minimum vital.

Cette forme supérieure d'égalité qu'est la justice ordonne de traiter d'une manière égale les choses égales et d'une manière inégale les choses inégales.

Il est juste que les revenus soient inégaux entre des hommes de valeur inégale.

---

(1) Le Code Suisse admet bien que la lésion est une cause de rescision de tous les contrats. Mais on n'a pas tiré toutes les conséquences de cette règle, l'organisation sociale et économique de la Suisse n'en est pas tout entière inspirée.

Est usuraire tout gain dont la source n'a pas créé une richesse qui lui est au moins égale.

Toute usure est illégitime.

La propriété foncière, le capital et le travail associés dans la production doivent se partager le profit de l'entreprise proportionnellement à leur apport [1].

Il est un juste prix et un juste salaire qui ne peuvent être laissés au libre jeu de l'offre et de la demande, simple rapport de forces en présence.

Le rôle de l'arbitre, délégué du législateur, est infiniment complexe nous dira-t-on. Proposer une doctrine ne complique en rien sa tâche, cela trace une direction à suivre, sans plus.

Nous savons que notre législation permet d'étendre réglementairement une sentence arbitrale à toute la profession. Les grandes entreprises peuvent sans difficulté supporter la charge que doivent créer toutes les mesures d'amélioration sociale. Il en est probablement de même en période de prospérité des moyennes entreprises. Mais on peut être à peu près certain que les petits n'y survivraient pas, et en période de crise, beaucoup de moyennes.

L'arbitrage aiderait donc à cette concentration de la propriété des moyens de production que Karl Marx considérait comme une loi historique, ce serait préparer la voie au collectivisme.

Il est nécessaire, si on veut l'éviter, d'organiser chaque profession pour répartir entre les entreprises, selon leurs forces respectives, la surcharge de ces améliorations sociales. Seule cette solidarité permettra de déterminer jusqu'où l'on peut aller, seule elle permettra la répartition du profit proportionnellement à l'apport de chaque agent de la production comme le demandait La Tour du Pin.

L'arbitre ne peut jouer son rôle que dans le cadre de professions organisées en corporations, là les avantages accordés aux ouvriers d'une usine n'auront pas pour conséquence la ruine de leur employeur, parce que la solidarité des entreprises les amènera à un régime commun, où les charges seront les mêmes pour toutes et calculées selon la richesse, non de l'entreprise, mais de la corporation entière.

Il y a là, « entre les deux pôles extrêmes du libéralisme économique et de l'étatisme, une solution qui, confirmant l'Etat dans son rôle de souverain et d'arbitre, permet à l'économie nationale de s'organiser et de vivre dans l'ordre, avec le maximum de libertés réelles » [2].

---

(1) De la Tour du Pin : *Vers un ordre social chrétien*, p. 131.

(2) Henri Comte de Paris : *op. cit.*

La propriété reste « toujours et pour tous le grand attrait. Quelle est l'âme profonde de toutes les revendications actuelles du prolétariat ? La participation aux bénéfices, l'actionnariat travail, la cogestion, le meilleur salaire lui-même, les garanties contre la vieillesse, les accidents, le chômage, tous ces désirs ne vont-ils pas soit à la propriété elle-même, soit à un mode de salaire qui, par son taux et sa stabilité, équivaut à la propriété proprement dite » [1].

La corporation favoriserait « l'accession du salarié à la propriété personnelle tout en lui procurant déjà les avantages de la propriété collective » [2].

Le problème étant non seulement d'améliorer le sort du prolétariat, « mais encore de supprimer la condition prolétarienne » [3].

Après avoir montré dans quel sens doit s'exercer l'activité des arbitres, nous devons donc conclure que cette œuvre n'est pas réalisable tant que subsistera l'anarchie du libre profit et de la libre concurrence et que la paix sociale ne sera que le fruit d'un long effort des parties, aidées de l'Etat arbitre au sein des professions organisées en corporations.

---

(1) Cardinal VERDIER : *op. cit.*

(2) Cardinal VERDIER : *op. cit.*, p. 85.

(3) Henri COMTE DE PARIS : *op. cit.*, p. 185.

CHAPITRE IV

LE JUGE POPULAIRE

« Le juge est le prêtre d'une religion universelle et éternelle qui ne craint pas les réformateurs et ne connaît pas d'hérésies, elle n'eut seulement que des schismes comme l'arbitrage et le jury », disait, en 1928, M. Saldaña, professeur à l'Université de Madrid, opposant ainsi nettement le juge professionnel au juge populaire.

Le juré et l'arbitre ne sont que deux des formes de l'institution du juge populaire que certains auteurs appellent le juge laïc. Le jury est habituellement considéré comme un collège de juges de droit criminel, mais le droit anglais connaît le jury civil, le droit américain le juge unique élu, en France nous avons les juges du tribunal de commerce, les conseillers Prud'hommes, les prétendus « arbitres » du droit social, les échevins des tribunaux répressifs des colonies, les échevins du Conseil de Prud'hommes, de la Commission Arbitrale, du Tribunal Criminel de Tunisie. On voit que nous ne distinguons pas selon que l'investiture est donnée par les parties, par des collectivités ou par élection, et que nous n'attachons pas une importance particulière à la durée du mandat, qu'il soit donné pour une seule affaire ou pour plusieurs: les caractéristiques principales de l'institution restent les mêmes dans ces divers cas.

Pour juger de sa valeur nous suivrons la théorie platonicienne qui met au premier rang des critères la sagesse, c'est-à-dire la science accompagnée de la mesure et au second la justice.

Le juge populaire en droit civil, fait l'objet de beaucoup moins d'études que le jury criminel, sur ce dernier la littérature accumulée est énorme. On trouve un excellent résumé de la question dans les rapports présentés, en 1935, au Troisième Congrès International de Droit Pénal [1]. Le seul argument qu'il faille ajouter à la théorie du juré en droit criminel pour qu'elle s'applique au juré civil, c'est sa compétence technique.

§ 1er. — De la valeur morale du juge populaire

Rien n'est plus difficile que de discerner la valeur morale des individus: dans le choix des juges populaires, on ne fait, en général,

(1) Actes du troisième congrès international de droit pénal (Palerme, 3-8 avril 1933, XI). (Roma, *Istito polygrafico dello Stato*, Libreria, 1935, Anno XIII).

aucun effort pour en juger, on se contente de cet élément négatif qu'est l'absence d'une condamnation afflictive ou infamante.

La moralité d'un individu varie, d'ailleurs, selon les circonstances de sa vie, la souffrance et le malheur haussent des individus, en abaissent d'autres. Que l'on se souvienne de la belle page ou Balzac nous montre César Biroteau, juge au tribunal de commerce, devenu failli, qui médite sur l'ancien mépris qu'il attachait à la situation où il se trouve.

Dragu et d'autres avec lui ont soutenu que les juges d'Etat « représentant une classe, la classe possédante, vu leur mentalité étroite et obtuse de classe, ne seront jamais à l'unisson de la mentalité et de la moralité moyenne du groupe social tout entier ».

Lorsqu'on entend soutenir la nécessité du jugement par les pairs, on a fréquemment envie de pousser ce raisonnement à l'absurde en demandant si pour être apprécié à sa valeur un bandit ne peut être jugé que par des repris de justice.

Bernard Shaw a, sur ce point, touché la note juste en disant : « La moralité a une extrême valeur pour la société. Elle impose une conduite conventionnelle à la grande masse des personnes qui sont incapables d'un jugement éthique original et qui serait tout à fait perdue si elle n'était pas tenue en laisse et guidée par les législateurs, les philosophes, les prophètes et les poètes [1] ».

Lorsqu'on considère la longueur des textes que nos législateurs ont consacrés à l'abus de confiance, à l'escroquerie, au dol, à la violence, à la fraude, à la lésion et à l'usure, à l'abus du droit, on s'aperçoit que leurs auteurs ont pratiquemment rejeté sur les interprètes tout le poids de cette recherche éthique originale qui doit donner une règle à la masse. C'est la doctrine et surtout la jurispudence qui ont délimité le juste et l'injuste, en prenant pour guide les plus hautes théories religieuses ou philosophiques.

Prendre pour règle la moralité moyenne du juge populaire, c'est interdire à la justice toute action moralisatrice.

La littérature sur le jury fourmille d'exemples. Qu'il nous suffise de rappeler que pour faire réprimer l'avortement il a fallu en ôter la connaissance aux Cours d'Assises, que les crimes de sang sont punis souvent avec faiblesse, alors qu'il est fréquent de voir sanctionner avec cruauté les attentats à la propriété, ce qui conduit les Parquets à correctionnaliser.

Une des formes les plus dangereuses de cette infériorité morale du juge populaire est sa sentimentalité maladive, cette maladie de l'âme moderne qu'Alphonse Daudet appelait la pitié slave, cette pitié que seul le mélodrame excite et toujours en faveur d'objets indignes, sans

---

(1) B. Shaw : *The shewing up of Blanco Posnet;* préface : *The rejected statement*, Tauchnitz Edition.

une pensée pour les profondes et injustes misères que la dignité couvre d'anonymat.

Que l'on songe simplement aux acquittements arrachés par les grands avocats d'assises en faveur de ceux que d'innombrables romanciers ont appelés les meurtriers par amour, sans qu'il soit possible de supposer que ces auteurs ou leur public aient jamais aperçu la dérision qui devrait s'attacher à cette monstrueuse alliance de mots.

Le plus grave est que cette infériorité est couverte par l'irresponsabilité. Le juge professionnel est pris par l'esprit de corps « l'atmosphère d'objectivisme et de positivité d'appréciation [1] », et il a ce point d'honneur « condition de la considération des autres et de l'estime de soi-même » [2] qui lui fait accorder la plus haute importance au crédit judiciaire dont il jouit.

A l'exception de certains arbitres qui appartiennent aux classes élevées et tiennent à leur réputation, la plupart des juges populaires voient avec indifférence les critiques des juristes ou l'indignation de ceux qui considèrent les conséquences sociales et morales de leurs décisions. Les jurés ou arbitres populaires tiennent à une seule chose, la compréhension par leur milieu de leur sentiment, l'accord avec cette mentalité et cette moralité moyenne que prônait Dragu.

Il importe qu'on ne se méprenne point : une conscience morale raffinée n'est l'apanage d'aucune classe sociale, il est même certain que l'on trouve plus d'exemples de charité et de solidarité dans la masse que dans l'élite, que l'individualisme intellectuel rend égoïste. Mais, ce dont on a besoin chez le juge, c'est de la capacité de déterminer des règles d'éthique originales.

Nous devrions traiter ici la question de l'indépendance et de l'impartialité, mais comme elle touche le fond même de l'institution, et en est la seule raison sérieuse, nous l'avons examinée dans un paragraphe distinct.

Il ne nous reste pour terminer qu'à exposer le sophisme qu'ont soutenu de nombreux partisans du jury : il serait un grand éducateur politique et civique des citoyens. Après beaucoup d'autres, M. Mogilnicki, ancien président de la Cour Suprême de Varsovie, l'a refuté en ces termes : « Sans compter que l'influence pédagogique des procès criminels, ainsi que celle des romans et films criminels, est fort problématique, il faut constater que le rôle de la Cour Pénale est de juger, et non de remplacer l'école et d'instruire les jurés et les échevins aux dépens des accusés et de la justice ». La seconde partie de cet argument garde toute sa valeur à l'égard du juré, de l'échevin et de l'arbitre du droit civil et du droit social.

---

(1) Stanislaw RAPPAPORT : *op. cit.*, p. 466.

(2) IHERING : *ibid.*, p. 444.

§ 2. — De la valeur intellectuelle et technique du juge laïc

En dehors des connaissances techniques, les facultés que met en œuvre la fonction de juger sont d'ordre philosophique : le juge est essentiellement un logicien, il doit analyser des textes législatifs, des conventions, des actes, tirer des conclusions de diverses présomptions, en second lieu, il doit être un psychologue et un moraliste, psychologue dans les enquêtes et interrogatoires, moraliste pour déterminer la valeur morale des actes ou des omissions.

Sans doute, ces facultés sont innées chez tous les hommes. Mais elles ne se développent que par de longues études, littéraires, mathématiques, philosophiques.

La base de cette formation est indéniablement donnée par les études secondaires, après quoi son développement est dû aux études pesonnelles et à la pratique judiciaire.

Certains arbitres et la plupart des surarbitres du droit social ont ces facultés, lorsqu'ils exercent des professions qui exigent une formation analogue à celle des magistrats, mais c'est là l'exception.

Il est vrai que l'on a soutenu que ces études amènent non seulement une formation mais une déformation, à laquelle la fraîcheur d'esprit, l'ignorance du juge populaire serait préférable : « l'ignorance qui juge par sentiment est plus sûre que la science qui juge par opinion », a dit Beccaria. Il serait nécessaire, pour soutenir cette belle thèse, de pouvoir pendre le ton du quarante-troisième chapitre de Pantagruel : « Dieu veult souvent sa gloire apparoistre en l'hebetation des saiges, en la dépression des puissans et en l'érection des simples et humbles ». « Comment Pantagruel excuse Bridoye sur les jugements faits au sort des dés ».

Les magistrats sont-ils déformés par leur métier : cette profession qui met incessamment en œuvre l'esprit critique, le scepticisme, la méfiance même, permet-elle malgré cela une déformation du caractère ou de l'intelligence ? Un métier donne à tous ceux qui l'exercent la même déformation, le même tic, le même esprit. On ignore les difficultés des délibérés civils, mais on sait très bien la tendance de telle Chambre d'un tribunal par sa composition. En correctionnelle, pour discrète qu'elle soit, la pantomime du délibéré sur le siège est révélatrice de divergences et de heurts. Les avocats savent fort bien que rien n'est plus variable qu'un tribunal correctionnel; selon sa composition, la sévérité de la répression augmente ou diminue. Il est des tribunaux devant lesquels, ô ironie, on n'a pas intérêt à plaider en droit, les vieux avocats savent qu'avec un tribunal composé d'une certaine façon on pourra faire passer une thèse aventurée en l'enveloppant de grands élans sentimentaux sur le passé sans tache du prévenu, la honte de la famille, la sanction suffisante d'une longue

détention, alors qu'avec un tribunal autrement composé on saurait d'avance n'obtenir de cette ruse judiciaire qu'une impassibilité masquant mal des sourires amusés.

De cette infinie diversité dans la façon de juger, on peut conclure qu'à ce point de vue l'exercice du métier de juge ne marque pas profondément les caractères : le tempérament, les opinions philosophiques restent sans changements, l'individualisme est même accentué par l'esprit critique et une susceptibilité particulière à toute contrainte.

Il serait anormal que le scepticisme, l'habitude constante de décider entre des thèses opposées faussât le jugement.

C'est ailleurs qu'il faut chercher la déformation professionnelle du juge. Elle réside dans une simplification extrême, une systématisation abusive : l'esprit juridique veut faire entrer tous les actes humains dans des cadres définis, limités. Il est à l'esprit intellectuel ce que la peinture des vases grecs est aux tableaux de Turner et des peintres modernes, un dessin monochrome, d'une admirable précision, mesuré, un peu raide, sans relief, en face d'un tableau débordant de vie, mais où des formes indécises sont comme dévorées par la lumière.

La sensibilité intervient autant, sinon plus, que l'esprit logique pour juger la couleur ou l'exposition littéraire des faits. Pour juger un dessin ou une affirmation juridique, il ne faut que deux mots : vrai et faux.

Pour juger la vie, il faut la considérer immobilisée, reproduire le contour de l'acte, le trait qui le sépare du reste du monde et l'y oppose. Eliminer consciemment les détails inutiles pour ne garder que le dessin, comme l'a fait un Hokusai, c'est faire une œuvre de simplification vivante. Etre pris par la technique au point de ne plus pouvoir dessiner qu'un pantin, un squelette, ne plus discerner ce qui est drapage inutile de ce qui voile la chair vivante, c'est être déformé par le métier. Le juge comme l'artiste ne peut rester maître de son art que s'il subordonne sa technique à sa vision et ne cesse de confronter celle-ci avec la vie.

La seconde déformation professionnelle du juge, et la plus fréquente, c'est l'habitude de trancher, une espèce de présomption d'infaillibilité; mais, pour ridicule que soit cette suffisance, elle n'a que peu d'influence sur le jugement.

1° De la compétence juridique

A l'exception de quelques arbitres, les juges populaires ne sont à peu près jamais des juristes. Peu importe, répond-on, nous ne leur demandons que de juger le fait, ce qu'ils font d'après leur intime conviction, selon leur bon sens, bref ils sont les « impressionnistes »

du fait; ce dernier terme est un peu irrespectueux..., pour les peintres.

Mais qu'est-ce que ce bon sens auquel on remet la vie, l'honneur, les biens de tous les citoyens, Voltaire le définit : « raison première, raison commencée, première notion des choses ordinaires, état mitoyen entre l'esprit et la stupidité ». Et c'est à cette faculté grossière que l'on remettrait la charge de délicates analyses psychologiques. Comme l'on comprend la sagesse du peuple qui, après avoir inventé le jury, lui a imposé comme règle de ne statuer qu'à l'unanimité.

C'est l'évidence que l'on demande de reconnaître au jury civil ou criminel anglais. Voyons bien ce que cela implique. Sur douze jurés tirés au sort il doit nécessairement s'en trouver, ne fut-ce qu'un, qui n'ait que cette triste faculté de bon sens; si obtus qu'il soit, il faut que les preuves l'aient convaincu, à l'inverse s'il y a le moindre doute, un seul esprit subtil peut empêcher de rendre le verdict. Quand l'évidence a atteint ce degré que l'imbécillité seule ne puisse la percevoir est-il nécessaire d'avoir recours à une institution aussi lourde, le magistrat ne suffit-il pas à la constater.

Mais il y a longtemps qu'en Angleterre comme en France on s'est aperçu que le droit et le fait étaient non pas juxtaposés mais unis, de telle sorte qu'il est presque toujours impossible de soumettre aux jurés le fait seul.

Au jury criminel anglais on a donc été amené à poser comme un tout la question de culpabilité, la Cour se chargeant par une leçon de droit de lui faire comprendre les difficultés juridiques.

Au jury civil on continue à ne poser que des questions de fait, et lorsque la subtilité des avocats ne parvient pas à les dissocier des questions de droit, le jury est pratiquement lié par les décisions juridiques de la Cour; en fait, son verdict lui est dicté, le fait étant implicitement tranché.

Mais la pratique anglaise a trouvé que les plaideurs étaient encore insuffisamment protégés. Elle a donné à la Cour des pouvoirs considérables; celle-ci peut dire au jury que son verdict est incompréhensible, discuter avec lui, le renvoyer délibérer jusqu'à trois fois; en fait, le jury civil n'est le maître absolu que d'une question : le montant des dommages et intérêts, seule question de pur fait.

La confiance des plaideurs dans le jury civil est tellement faible que presque toujours, et depuis fort longtemps, ils remettent à la Cour le jugement du fait.

Celle-ci, lorsque la question est trop technique, nomme un *referee* analogue à nos experts, mais doté de larges pouvoirs d'instruction, véritable juge du fait [1].

---

(1) Glasson : *Institutions de l'Angleterre*, t. VI, *passim*. M. Glasson traduit *referee* par arbitre, mais ce terme nous paraît inexact, le rapport du referee ne liant pas la Cour.

En France, tous les juges populaires réunis en collège statuent à la majorité, mais dans ce cas où est le bon sens, avec la majorité ou contre elle ? Il est évident que le problème est subtil, puisque l'unanimité n'a pu se faire, et une seule voix va dire où est la vérité, et ce n'est pas celle d'une personne rompue aux affaires, mais celle d'un amateur, d'un dilettante.

Le risque est si évident que les partisans du juge laïc proposent comme remède d'échevinage. Cette formule permet d'avoir un juriste dans le tribunal, sans quoi le collège de juges populaires statuant seul, sans même avoir près de lui une Cour [1], jugera en dehors de la loi, qu'il ignore. Cette formule permet de déclarer pompeusement que par là on met la science près du bon sens. La science n'étant certainement pas dépourvue de la raison la plus élémentaire, pourrait, il est vrai, se passer de ce voisin, avec lequel elle ne pourra que se heurter, si elle ne parvient à le convaincre. La pratique des tribunaux d'échevins a révélé, à côté de l'éloquence, un mode de conviction aussi énergique qu'inélégant. Lorsque la décision est scandaleuse, les juges professionnels déclarent ne pas savoir comment la motiver, et prient les assesseurs de leur dicter le jugement, il n'est pas difficile de leur montrer que leur rédaction, quand il parviennent à en faire une, va les exposer au ridicule, et ainsi convaincus pour ne pas dire contraints, les assesseurs en viennent à une transaction.

Notons, en Tunisie, dans les futurs Conseils de Prud'hommes un autre ordre de difficulté possible : si les assesseurs patrons et ouvriers adoptent des thèses également inacceptables du point de vue du juge de paix, nous aurons trois solutions possibles mais pas de majorité, et il n'a été prévu aucune procédure pour arriver à une solution.

2° De la compétence technique

La désignation des juges populaires est faite le plus souvent sans égard pour leurs connaissances professionnelles, mais il n'en est pas toujours ainsi. Les tribunaux de commerce, les Conseils de Prud' hommes sont formés de gens exerçant des métiers déterminés.

Si nous éliminons de l'arbitrage du droit social, ce qui est fonction législative, ou exercice d'un mandat, et aussi les arbitres et surarbitres désignés par l'Etat, il ne reste plus que l'arbitrage proprement dit sur les litiges dits d'ordre purement juridique. C'est seulement là que nous avons un juge populaire, qui est d'ailleurs en même temps un juge privé car il ne tient son investiture que des parties et ne connaît que leur litige.

---

(1) Le 1er mars 1938, M. Chaumié avait proposé au Sénat d'instituer pour les conflits collectifs une juridiction du travail composée d'une cour et d'un jury. *J. O.*, p. 275.

Il est normal que les plaideurs choisissent des personnes ayant des connaissances précises, elles ont assez souvent recours à des juristes, mais comme l'a montré M. Oualid, il y a une très nette tendance à prendre les arbitres parmi les chefs syndicalistes.

Peut-on dire, par ailleurs, que les commerçants élus aux tribunaux de commerce apportent des connaissances techniques à l'exercice de cette fonction : les questions qui se posent devant ces tribunaux sont des questions de fait et de droit, mais les premières mettent assez rarement en jeu des connaissances d'ordre technique et quand elles le font, il faut avoir recours à un expert. Les juges des tribunaux de commerce n'inventorient ni n'analysent les marchandises, ils ne dépouillent pas les comptabilités des plaideurs, pas plus que les juges des tribunaux civils, ils confient ces opérations longues et difficiles à des spécialistes.

On peut dire, sans crainte de se tromper, qu'il en va de même pour les conseillers Prud'hommes, les questions complexes, de comptabilité par exemple, sont examinées par des experts.

Il est possible que certains usages professionnels, sur les fournitures d'outils par l'ouvrier par exemple, soient connus de certains conseillers et que cela évite quelques expertises. Mais rien ne permet d'affirmer par avance qu'un litige dans l'industrie du livre sera jugé par un Conseil qui contienne une seule personne de ce métier, la date de fixation de l'affaire et le roulement du Conseil décident seuls de la composition de la juridiction.

3° Influence du mode de désignation sur la valeur des juges populaires

Les arbitres du droit privé et du droit social sont non seulement des juges laïcs, mais aussi des juges privés, mandataires des parties. On comprend que celles-ci apportent quelque soin à leur désignation, et choisissent souvent des juristes : magistrats, avocats, professeurs de droit, hauts fonctionnaires, etc.

Mais la plupart des juges populaires sont élus par des collèges électoraux importants ou tirés au sort sur des listes extrêmement nombreuses, ceci explique leur médiocrité.

Les quelques juristes qui restent attachés à cette institution (et encore penchent-ils, en général, pour la forme de l'échevinage), demandent depuis longtemps dans toute l'Europe que le niveau intellectuel et moral des jurés soit élevé par une sélection sérieuse. La réforme de 1932 de la loi italienne a été faite dans ce sens, les assesseurs des Cours d'Assises doivent être « capables de conduite morale et politique très brillante » et appartenir à une des 9 catégories pré-

vues par la loi. Dans ces catégories on note, outre les détenteurs de divers diplômes élevés, les auteurs d'œuvres remarquables de l'esprit et diverses personnalités politiques (sénateurs, podestats, présidents de syndicats et de corporations, etc.).

Autant les éléments du premier ordre nous paraissent désirables autant l'intrusion de la politique en cette matière nous paraît funeste à la justice. La nomination par décret royal fait disparaître d'ailleurs à notre point de vue la seule raison qui permette de défendre le juge populaire : son indépendance politique.

Aussi la conclusion du rapport de M. d'Amelio, premier Président de la Cour de Cassation du Royaume d'Italie, nous paraît extrêmement sage dans son affirmation que les assesseurs doivent être choisis « dans les classes de citoyens les plus élevées au point de vue moral et intellectuel » et que les listes « en doivent être dressées par l'autorité judiciaire ».

Divers auteurs signalent encore comme un vice grave la volonté de ne pas participer à cette institution de beaucoup de personnes qui pourraient en bien remplir les fonctions. Si l'on trouve quelques personnes des classes élevées, ayant des loisirs, qui par intérêt pour ces fonctions veulent bien siéger dans les tribunaux de commerce ou les Conseils de Prud'hommes, il n'est pas niable que beaucoup de juges populaires sont des ambitieux, des vaniteux médiocres, des meneurs de partis politiques, des ignorants, parfois des repris de justice [1].

§ 3. De l'impartialité et de l'indépendance du juge populaire

1° De l'impartialité

Soutenir que les juges populaires sont impartiaux et indépendants amène à prétendre que les juges professionnels sont partiaux et dépendent du pouvoir. Les deux affirmations sont corrélatives. Dans son numéro de janvier 1938, l' « Employé Parisien », organe de la C.G.T., après avoir analysé un arrêt de la Cour de Cassation, le qualifiait de « jugement de classe ». Et, le 28 février 1938, on pouvait entendre à la Chambre des Députés : « Nous ne nions pas l'indépendance des magistrats français (par rapport aux pressions politiques) ... mais qu'on le veuille ou non, c'est un fait : l'ensemble des travailleurs n'a pas confiance dans l'impartialité des magistrats [2] ».

Comme pour toutes les calomnies, la preuve de la fausseté de cette affirmation est presque impossible. Si l'on veut bien écouter l'excel-

(1) Voir sur ce point les précisions données par MM. Saldaña : *op. cit.*, p. 325; Glaser: *ibid.*, p. 425; Perreau : *op. cit.*, p. 363; Rappaport : *ibid.*, p. 467.

(2) *J. O.*, Débats Parlementaires, Chambre des Députés, 28 février 1938, p. 675.

lente boîte de résonance que sont les barreaux, on y entend parler d'erreurs, jamais de partialité. Les censeurs les plus durs, que l'on trouve parmi les avocats, reprochent à certains magistrats le contraste de leur courtoisie avec les inculpés d'un certain rang social et de leur rudesse avec les pauvres hères, les faibles peines infligées aux premiers sous prétexte que la prison les touche plus qu'un être rude, l'injustice qu'il y a dans ce cas à ne pas tenir compte de la responsabilité morale aggravée par une éducation supérieure et de la nécessité de l'exemplarité. Mais pour dures que soient ces critiques, elles portent sur un vice du jugement et non sur l'esprit de justice lui-même.

De l'avis donc de ceux qui approchent le plus le milieu judiciaire, ce reproche de partialité est infondé. Et il ne semble pas impossible de mieux l'analyser. Ce que « l'ensemble des travailleurs » et des parlementaires de gauche reprochait aux magistrats c'était d'appliquer loyalement des textes inspirés par les principes de l'économie libérale: mais n'était-il pas abusif d'employer une telle formule devant l'impossibilité où se trouvaient les juges de créer un droit prétorien qui renversât tous les principes de la vie économique ?

Et, en contraste, quel avocat oserait soutenir l'impartialité des juges populaires, alors que son art consiste justement à jouer comme d'un clavier de leur vanité, de leur sentimentalité, de cette crainte de l'erreur qui est si forte dès qu'ils ne sont pas éblouis par l'évidence.

Qui ne sait qu'ils sont profondément influencés par les articles de presse, souvent tendancieux et rédigés dans le but de créer une opinion publique, qui ne manquera pas de se réfléter dans l'esprit des assesseurs.

Il suffit de songer aux « commentaires des amis, à l'opinion des parents et alliés, aux bruits répandus artificiellement, à la pression des intéressés qui cherchent à sensibiliser leur âme [1] ». Et avec toutes ces influences, qui croira qu'en matière civile, comme en matière sociale, l'avis des juges laïcs est une opinion originale, personnelle, indépendante, née d'un impartial examen des faits de la cause ?

Rappelons, pour terminer, que les arbitres du droit social sont des mandataires des parties, rarement même des mandataires communs, et qu'au désespoir des théoriciens ils rejettent presque tous la principale de leurs obligations, celle d'impartialité, pour se faire les avocats de leurs mandants.

Rappelons que les conseillers Prud'hommes appartiennent à des catégories sociales différentes inévitablement solidaires des parties, que leurs élections sont fréquemment précédées de campagnes de presse où la partialité leur est donnée comme leur premier devoir,

(1) D'Amelio : *op. cit.*, p. 397.

qu'ils en viennent à accepter des mandats impératifs et que l'on a vu le Conseil d'Etat obligé d'annuler trois élections successives pour ce motif [1].

2° De l'indépendance

Cette question que nous avons réservée est la plus importante, car seule elle peut justifier l'institution des juges populaires.

Pour prouver que les juges laïcs sont plus indépendants du pouvoir que les juges d'Etat on invoque d'abord l'histoire.

Il est exact que Platon a écrit, que pour persuader les citoyens de la justice des sentences, il fallait les faire participer au jugement.

Mais cet argument est sans valeur par suite de la constitution spéciale des Etats grecs et de Rome et de l'absence durant toute l'antiquité de juges professionnels analogues aux nôtres.

Aucun gouvernement antique ne s'est posé en arbitre des conflits sociaux, tous étaient des gouvernements de factions, l'oligarchie et la plèbe s'emparent tour à tour du pouvoir, les patriciens en Grèce comme à Rome, en général alliés aux riches, donnaient pourtant leurs meilleurs chefs à la démocratie. L'empire, après César, n'est que le triomphe de factions militaires qui font et défont les empereurs. On comprend que l'existence de gouvernements stables et impartiaux, auxquels ont rêvé Platon et Plutarque, ait paru une chimère à Tacite.

Dans de tels Etats gouverner et juger était tout un, le magistrat était un homme politique. On comprend qu'à ses moments de triomphe ou dans les périodes de paix sociale, la faction populaire ait exigé que tous les citoyens aient part à l'exercice de la justice. Comprendre ce fait historique est une chose, en tirer argument en faveur des juges populaires en est une autre. Que l'on se souvienne des condamnations d'Aristide et de Phocion, à qui les Athéniens ne reprochaient que leur vertu et leur rude franchise, et que l'on mette en regard les acquittements des démagogues. Que l'on songe au procès de Socrate, poursuivi par Anytos, l'un des chefs du parti démocratique, devant un jury tiré au sort de 502 citoyens et à la condamnation prononcée à 60 voix de majorité. Que l'on se reporte à l'incessante accusation de corruption des juges qui, à Rome comme en Grèce, déshonore l'histoire.

Il est indéniable que le jury populaire paraît un peu moins inquiétant que le magistrat politicien, mais cela ne prouve rien contre le juge d'Etat moderne.

---

(1) Savary : *Rapport au Sénat*, 3 mars 1903, Débats Parlementaires, p. 329.

Pour trouver l'origine du juge d'Etat il faut se référer au moyen-âge et la voir dans les légistes de la curia regis : certains juristes vont cesser d'être à la fois des conseillers du roi et des juges, ils vont se spécialiser dans ce dernier rôle et former le Parlement de Paris.

Mais si une nouvelle conception du juge a pu se faire jour, c'est parce qu'un nouveau principe de gouvernement est apparu. Le pouvoir royal n'est pas le gouvernement d'une faction qui en opprime d'autres, ni un gouvernement de factions qui se font équilibre, c'est une fonction quasi sacerdotale, le roi est, dit Suger, « le vicaire de Dieu », son rôle essentiel est celui de justicier. Le pouvoir judiciaire exercé par le roi lui-même ou délégué à des juristes se rapproche par là de son origine religieuse et achève de se dépouiller du caractère politique qu'y avait attaché l'antiquité classique.

Le pouvoir royal confondant son intérêt et celui de la nation tout entière, considérant qu'il tenait de Dieu une puissance qu'il ne devait exercer qu'en vue de la justice, ne pouvait que difficilement porter atteinte à l'indépendance de ses juges. Et ceux-ci délégués de ce pouvoir et forts de tels principes étaient moralement armés pour défendre leur impartialité, fut-ce contre le gouvernement lui-même.

Le phénomène n'est, d'ailleurs, pas particulier à la France : dès le début du XV[e] siècle on pouvait voir un juge anglais [1] envoyer en prison un prince de Galles non seulement sans perdre sa faveur, mais en se voyant comblé d'honneurs après l'accession au trône du jeune condamné. Fait caractéristique qui devait inspirer à Shakespeare une de ses plus belles pages [2].

En France toute l'histoire judiciaire est là pour montrer que les juges ont tenu à honneur de se maintenir dans une indépendance complète par rapport au pouvoir.

Tous les abus, toutes les ingérences royales dans l'administration de la justice que l'on peut reprocher à cette époque et aux siècles suivants sont dus à la justice retenue, aux commissaires des Chambres Ardentes ou autres Commissions Criminelles et non aux juges de droit commun.

C'est l'extraordinaire indépendance du pouvoir judiciaire qui a incité l'Empire à établir l'avancement au choix des magistrats, ce mode assure aux Gouvernements comme moyens de pression : la vanité, l'ambition et l'intérêt pécuniaire.

La valeur de ces moyens est extrêmement variable, selon ceux auxquels ils s'appliquent; on peut estimer l'indépendance des magistrats selon l'opinion que l'on a de l'honneur et de la faiblesse humaine.

---

(1) Sir William Gascoigne.

(2) King Henry IV, part II, act V, scene 3.

On peut donc dire que l'indépendance du juge professionnel d'Etat est aussi absolue que le permet la faiblesse de la nature humaine lorsqu'il est, comme en Angleterre, inamovible et n'a aucun avantage à attendre du Gouvernement et presque absolue lorsque son avancement en dépendant, il peut être tenté de céder à des influences, que combattent l'honneur et le souci de son crédit judiciaire.

Le juge populaire, surtout lorsque ses fonctions doivent être exercées pendant une assez longue période, est loin d'être à l'abri des mêmes influences, il est plus d'un moyen de flatter sa vanité et son ambition. Mais on doit reconnaître avec le grand juriste qu'était Ihering qu' « Il y a une forme de juridiction qui résoud complètement la question de l'indépendance absolue du juge : c'est la Cour d'Assise. Le juré n'a point de raison de craindre le pouvoir, ou d'attendre quelque chose de sa part : sa nomination, c'est-à-dire l'élection du juré est trop casuelle, incalculable, son fonctionnement s'écoule trop vite pour que les essais de l'influencer puissent être efficaces : le temps et l'espace y sont des empêchements invincibles : « *Si un idéal de juge consistait seulement dans son indépendance du Gouvernement il n'y aurait aucune institution plus parfaite que la Cour d'Assise* ».

Il ne nous semble pas que cette indépendance aille beaucoup plus loin que celle du juge professionnel, et une dernière réserve doit être faite à la théorie d'Ihéring. Il est indéniable, car l'histoire le démontre, qu'en période de troubles sociaux graves, tout gouvernement énergique est amené à recourir à des tribunaux d'exception qui font de la répression et de l'intimidation collective. De telle sorte que l'on perd, en période normale, toutes les garanties de bonne justice sans assurer par là la moindre garantie d'indépendance aux juridictions des périodes de trouble.

Avons-nous eu raison, dans tout ce paragraphe, d'assimiler le droit criminel et le droit social, de sembler présumer que dans ce dernier les gouvernements ont tendance à se présenter en partisans comme dans un procès répressif à caractère politique ? Il est infiniment regrettable que beaucoup de gouvernements modernes soient redevenus des gouvernements de factions qui se surveillent et s'équilibrent, mais ils ont tous gardé plus ou moins la tradition qui en fait des arbitres et des justiciers entre les citoyens et les classes sociales. Lorsqu'un gouvernement devient nettement partisan, comme celui de 1936, il y a là une méconnaissance totale de son rôle. Et notons que c'est justement ce gouvernement qui a institué le juge populaire le plus fort du droit social : est-ce parce qu'il le considérait vraiment comme le plus indépendant ?

*
* *

Les juges professionnels, par la multiplicité des cas d'espèces qu'ils ont à trancher, acquièrent des connaissances extrêmement variées,

mais en tant que techniciens ils ne sont que des juristes; en matière de législation du travail comme dans toutes les autres branches du droit ils sont obligés d'avoir recours à des juges du fait pour toutes les questions techniques : de là l'utilisation des referees en Angleterre, des experts en France. Les experts ne sont pas des juges laïcs, car ils sont nommés par les magistrats qui connaissent ou devraient connaître leur valeur morale et professionnelle.

Le juge populaire, à part quelques arbitres du droit social, n'est jamais un expert, la seule raison valable de son existence est son indépendance politique, assez contestable d'ailleurs quand ses fonctions sont d'une certaine durée. Est-il sage de sacrifier, à cette indépendance incertaine, la rapidité de solution des procès, l'expérience, la valeur intellectuelle juridique et morale et l'impartialité du juge professionnel ?

CHAPITRE V

CONSÉQUENCES OU ESQUISSE D'UNE ORGANISATION LOGIQUE DES JURIDICTIONS DU TRAVAIL

L'application de nos lois sur l'arbitrage obligatoire n'est que suspendue, les textes ne sont pas abrogés. Peut-on admettre qu'ils soient remis en vigueur, peut-on admettre le maintien du système actuel, « de cette juxtaposition hétéroclite d'institutions qui n'appartiennent pas au même moment de l'évolution du droit institutionnel ».

L'arbitrage est une forme juridique primitive qui ne prédomine qu'aux époques de troubles, de guerres civiles ou sociales. Est-il nécessaire de rappeler les abus du compromis obligatoire dans notre législation révolutionnaire. L'empire a remis cette institution à sa place en la considérant comme une simple convention qu'il n'y a pas lieu d'encourager

Il a fallu les troubles sociaux de 1936 pour que l'institution revint en faveur, il n'y a aucune raison de lui assurer de survivre à la cause qui l'a créée. Car si l'Etat institue des juridictions spéciales pour les conflits du travail et leur assure l'indépendance et la compétence, l'arbitrage, procédé inférieur et rudimentaire, n'a aucune raison de subsister.

Si cela était nécessaire, nous pourrions, à la suite de M. Paul Durand, montrer le danger d'anarchie juridique que cause cette institution [1]. Et cela non seulement comme le dit cet auteur parce qu'il peut y avoir contradiction entre la jurisprudence des tribunaux ordinaires saisis d'un conflit individuel et la juridiction arbitrale saisie du conflit collectif qui s'y superpose (c'est ce que nous avons appelé le conflit de solidarité), mais surtout parce que des juges occasionnels tels que les arbitres ne peuvent connaître les solutions traditionnelles de la jurisprudence.

Inutile de rappeler encore la confusion inextricable des quatre pouvoirs de l'arbitre.

La question du maintien de notre législation ne se pose d'ailleurs pas, M. le Maréchal Pétain ayant annoncé, dans son message du 10 octobre 1940, la création de tribunaux du travail.

---

(1) Paul DURAND : *Vers une dangereuse dissociation du droit du travail*, in *Droit Social*, nº 9, novembre 1938.

On ignore sur quel type seront créées les nouvelles juridictions. Et nous voulons rechercher ici quelle est l'organisation qui serait dans la logique des principes que nous avons établis.

C'est à la fonction de créer l'organe.

Il est logique qu'à chaque fonction corresponde un organisme distinct.

Nous avons reconnu quatre fonctions dissimulées sous la notion d'arbitrage du droit social. Deux, un arbitrage proprement dit et un jugement, permettent de dire le droit et de sanctionner sa violation. Deux permettent de résoudre des clauses conventionnelles léonines ou injustes et de les remplacer par de nouvelles : le mandat et la fonction législative.

Nous avons dit que l'arbitrage n'était pas à encourager, il suffit de le permettre aux parties dans les mêmes conditions qu'aux plaideurs ordinaires.

L'exercice du mandat ne nécessite aucune disposition spéciale, sauf l'exigence d'un acte écrit clair et précis.

Restent en présence la fonction judiciaire et la fonction législative.

Peut-on faire assurer ces deux fonctions par un organisme unique ou doit-on créer deux juridictions distinctes ?

On sait qu'en Italie la juridiction du travail est constituée par une Chambre de la Cour d'Appel qui s'adjoint deux assesseurs, un patron et un ouvrier, choisis par le Premier Président de la Cour.

Le palliatif apporté à l'institution du juge populaire réside dans le fait qu'il y a choix et non élection, mais malgré tout le système nous paraît un hybride.

On peut dans le système de la juridiction unique ou bien donner aux magistrats de l'ordre judiciaire une délégation de pouvoirs législatifs, ce qui ne crée pas de nouvelle juridiction et ne fait qu'étendre la compétence des juridictions de droit commun, ou bien l'on peut créer une juridiction spéciale où seront réunis en nombre variable des magistrats et des personnes ayant une compétence particulière. Dans ce cas, on soustrait aux tribunaux de droit commun la connaissance des conflits dits « juridiques », pour la confier à la nouvelle juridiction. C'est le système italien.

Le vice de la juridiction unique nous paraît être le sacrifice inévitable d'une fonction à l'autre : la diminution de compétence.

Sur ce point, les parlementaires « de gauche » de 1936 et de 1938 nous paraissent avoir vu plus clair que les juristes traditionnalistes du Parlement. La fonction législative dans le conflit du travail qui porte sur la création d'un droit nouveau n'est pas essentiellement juridique : quand des parties font une convention, ce qui importe le

plus, c'est, d'une part, la compétence technique, la connaissance du métier, des matériaux, du temps nécessaire à accomplir l'ouvrage, des conditions d'emploi de la main-d'œuvre, de la machinerie mise en œuvre, etc., et, d'autre part, la compétence financière, la connaissance des prix, en fonction de leurs divers éléments d'appréciation. Les connaissances juridiques n'interviennent que pour la mise en convention correcte des solutions techniques, le rôle du juriste est fort important, mais il est à peu près celui d'un notaire, d'un rédacteur de contrat.

Il en va de même lorsque le droit est créé, non par les parties, mais par un tribunal législatif.

Si la juridiction du travail n'est composée que de magistrats, la fonction législative est complètement sacrifiée : on simplifie l'organisation judiciaire, mais on impose aux juges d'avoir recours à des experts dont les conclusions seront peut être contestées, on allonge d'autant la procédure et on rend la solution plus discutable parce qu'émanant de personnes n'ayant qu'une partie de la compétence nécessaire.

Si on ajoute des personnes compétentes au point de vue technique et financier aux magistrats, c'est la fonction judiciaire que l'on sacrifie, et l'on va vers cette dissociation du droit que M. Durand critiquait à juste titre dans notre législation actuelle.

Nous pouvons donc conclure qu'aux deux fonctions doivent correspondre deux organisme distincts : un tribunal de l'ordre judiciaire et un tribunal législatif.

Avant d'examiner ces deux juridictions, il faut songer à la fonction conciliatrice de l'Etat que nous avons négligée jusqu'ici.

§ 1er. — De la conciliation

Le premier degré de conciliation doit avoir lieu dans l'entreprise, sans intervention d'étrangers qui puissent envenimer le conflit. Si les professions sont organisées en corporations, c'est à ces dernières que reviendra cette fonction. L'Etat n'a point à s'en préoccuper, les organismes corporatifs auront à en régler eux-mêmes la procédure.

Mais si le conflit apparaît, il faut que l'Etat désigne une autorité conciliatrice, celle-ci doit avoir une compétence suffisante pour trouver la juste solution du conflit et l'autorité nécessaire pour la faire accepter aux parties. Si cette solution est acceptée, nous aurons, selon les cas, soit une transaction, soit une convention de résolution de contrat ou de clause contractuelle suivie d'une convention nouvelle. Mais ce sera dans l'un et l'autre cas l'œuvre des parties, l'autorité médiatrice aura servi pour ainsi dire de catalyseur.

Il ne paraît donc pas au premier abord nécessaire de créer un organisme conciliateur propre à chaque juridiction. Nous verrons un peu plus loin qu'il est nécessaire qu'il n'y en ait qu'un.

Si le conflit porte sur un droit violé, c'est une transaction qu'il faut préparer, acte purement juridique: s'il faut admettre qu'une clause d'un contrat lèse une partie, il est nécessaire de préparer une convention de résolution et une clause nouvelle, les facultés nécessaires à ce travail sont à la fois techniques, financières et juridiques.

Comme il est bien évident que l'on ne peut trouver une personne qui réunisse toutes ces connaissances, il faudra donc avoir recours à un collège de médiateurs comprenant un juriste, un ingénieur et un financier.

Mais il faut que nos trois conciliateurs soient impartiaux et surtout qu'ils en aient la réputation. Ils ne doivent, à aucun point de vue, passer pour liés avec l'une ou l'autre partie ou avoir avec elle un intérêt commun. Ils doivent être hors et au-dessus de toute lutte sociale. Cela exclue tous les ingénieurs et tous les financiers de l'industrie et du commerce. Il ne reste que des fonctionnaires. Qu'on ne dise pas que la solution est étrange, elle n'est même pas nouvelle : M. Oualid a établi la liste par profession des deux cents premiers surarbitres, ce sont presque tous des fonctionnaires, la majorité est composée de magistrats de l'ordre administratif ou judiciaire et à côté l'on compte un nombre imposant (78) d'ingénieurs des Ponts et Chaussées, des Arts et Manufactures, des Mines, etc., puis des fonctionnaires du Trésor, du service de la Statistique Générale, etc. (1).

Le tribunal conciliateur pourrait donc être composé d'un magistrat, d'un ingénieur de l'Etat et d'un fonctionnaire ayant des connaissances financières étendues.

Le choix de certains hommes implique déjà la solution qu'ils donneront à une question. Il est donc nécessaire que le tribunal soit constitué avant tout conflit, qu'il soit permanent et que tous ses membres jouissent du privilège d'inamovibilité pour la durée de leurs fonctions.

Nous croyons que par là seulement on peut assurer à ces médiateurs à la fois la compétence et l'autorité.

Mais pour préparer un projet de convention, nos trois arbitres ont besoin de connaître tous les éléments du différend. Devant les juridictions civiles, ce sont les parties elles-mêmes ou leurs mandataires qui font contradictoirement l'instruction de la cause, il n'y a qu'en droit pénal que joue la procédure inquisitoire, autrement dit l'instruction par le magistrat.

---

(1) Oualid : *op. cit.*, p. 315.

Il nous semble qu'il est dans la logique de nos institutions que devant les juridictions civiles l'instruction soit faite par un juge. Les décrets-lois de 1935, avec l'institution du juge rapporteur, nous paraissent un mouvement dans le sens de l'institution du juge d'instruction civile.

Ce système n'exclue pas les conclusions des parties, mais permet d'instruire l'affaire plus vite et en toute impartialité.

Le mot juge d'instruction civile paraît fort révolutionnaire. La chose est beaucoup plus facile qu'on ne le croit : il suffirait d'abroger les mots « sur la demande de l'une des parties » du nouvel article 82e du Code de Procédure Civile pour que l'institution fut créée

On sait que cet article donne au juge rapporteur le pouvoir d'ordonner « sur la demande de l'une des parties » toutes les mesures d'informations qui ne préjudicient pas au principal [1]. Si l'on donnait au juge rapporteur le pouvoir d'ordonner d'office ces mesures d'instruction, comme peut le faire le tribunal, le juge d'instruction civile serait institué comme au Maroc.

C'est un lieu commun que de parler de la lenteur de la justice. Mais à dire vrai, quand les deux parties condescendent à donner un dossier complet au tribunal, elles obtiennent un jugement dans la huitaine ou la quinzaine de la mise en délibéré.

Ce qui est long, c'est l'instruction de l'affaire, et sur celle-ci le tribunal est presque sans pouvoir.

On conclue sur des dossiers incomplets, parfois on réplique, les parties tardent à fournir les pièces manquantes. On se communique alors les pièces, on les examine longuement, minutieusement avant de conclure à nouveau. Après quoi, si un avocat ne fait pas demander le renvoi pour maladie ou pour une autre cause, on demande au tribunal d'ordonner une mesure d'information. Avant qu'on ait levé la grosse et exécuté les mesures d'information, on arrive aux vacations. Le jeu est trop facile, nous ne le continuerons pas, mais prendrons un exemple qui fera toucher le mal du doigt. C'est un procès classique que celui qui est intenté à la suite d'une collision d'automobiles, on sait parfaitement par avance les mesures d'information qui seront nécessaires : une expertise sur les causes et circonstances de l'accident avec un plan des lieux, une évaluation des dommages subis par les deux parties, peut être une enquête, rarement une descente sur les lieux. Si l'on demande ces mesures à un tribunal dont le rôle est un peu chargé, il se passera trois mois au moins entre l'exploit introductif d'instance et la délivrance de la

---

(1) GOYET : *Lois Nouvelles*, p. 227. Les seules mesures interdites seraient : la comparution personnelle, l'interrogatoire sur faits et articles, le serment et l'inscription de faux.

grosse du jugement préparatoire; en huit jours on aurait pu obtenir les mêmes mesures du juge rapporteur. En Tunisie, à coup sûr et d'après ce que nous croyons savoir devant presque tous les tribunaux français, l'article 82e est lettre morte.

Si le juge rapporteur se voyait attribuer le pouvoir d'ordonner d'office ces mesures comme le tribunal, la procédure serait mieux faite et plus vite, en tout cas, on saurait à qui imputer le mauvais état du dossier et les mesures dilatoires, puisque la procédure serait inquisitoriale.

Le rapport, ou plutôt l'ordonnance de renvoi du juge rapporteur n'engageant pas le tribunal, pourrait contenir, à condition que son auteur ne participât pas à la juridiction de jugement, des conclusions qui seraient un véritable projet de jugement.

Les parties, à moins qu'elles n'aient de nouveaux arguments à faire valoir contre ces conclusions, auraient tout intérêt à se concilier devant le rapporteur comme l'a souhaité vainement le législateur dans son article 58bis, alinéa 1, du Code de Procédure civile.

Le rapporteur aurait des pouvoirs d'instruction à peine inférieurs à ceux du juge anglais et par une suppression de huit mots dans l'article 82e, on aurait beaucoup des avantages du juge unique sans troubler en rien notre organisation judiciaire.

Si notre organisation judiciaire doit évoluer vers le système des Cours itinérantes, pour éviter le reproche de lenteur que, dans l'instruction des affaires, l'on adresse aux Cours anglaises, il sera sans doute nécessaire de laisser, dans chaque ville d'une certaine importance, un juge d'instruction et un représentant du ministère public. Il nous paraît qu'il serait au moins aussi utile d'y laisser un juge d'instruction civile, grâce auquel, lors de ses assises, la Cour trouverait des dossiers en état de recevoir une solution définitive au fond.

Il nous semble qu'un tel pouvoir d'instruction devrait être donné à nos médiateurs. Chacun d'eux pourrait préparer un rapport selon sa compétence spéciale, l'ingénieur examinant les conditions du travail, entendant les parties, ouvriers, agents de maîtrise, patrons, se livrant à une enquête de comparaison dans des industries similaires, l'agent des finances examinant les questions financières, les salaires, le coût de la vie, réunissant les éléments de statistique, etc., le magistrat procédant à des enquêtes, examinant les textes législatifs et réglementaires, et les contrats invoqués par les parties, faisant rechercher les éléments manquants, préparant les actes.

L'opinion publique se passionne pour les conflits sociaux : la publication d'un rapport judiciaire impartial, réunissant les arguments des deux thèses et leurs preuves et donnant une conclusion, serait de nature à créer dans les débats et dans l'opinion publique une atmosphère, un climat de sérénité extrêmement utile.

Ce pouvoir implique nécessairement le droit de se faire communiquer la comptabilité des entreprises. Cette publicité serait impossible en régime de libre concurrence, elle ne l'est pas dans un régime corporatif, elle n'a plus dans ce cas de raison d'être critiquée.

Les parties qui auraient en cours d'instruction présenté tous leurs arguments, qui les verraient discutés dans le procès-verbal récapitulatif des médiateurs, auraient tout lieu de croire que ce véritable rapport d'expertise serait homologué par les tribunaux du travail. Elles auraient donc tout intérêt à l'admettre et à se concilier.

Il est possible qu'elles veuillent faire trancher les questions de droit par des arbitres, les médiateurs auraient alors à dresser dans leur procès-verbal le contrat de compromis. Nous avons dit qu'il n'y a pas lieu d'y encourager les plaideurs. Ceux-ci peuvent, d'autre part, remettre la conclusion de leur accord à des mandataires, véritables plénipotentiaires, et il appartiendrait aux conciliateurs de conseiller les parties sur le choix de ces mandataires et d'inclure les contrats de mandat dans leur procès-verbal de non conciliation.

On peut d'ailleurs être à peu près certain que, si les parties n'ont pas accepté le rapport des médiateurs, c'est qu'elles ne peuvent s'entendre et veulent plaider. Dans une telle organisation, le recours à l'arbitrage ou au mandat semble on ne peut plus théorique.

Supposons que les parties refusent d'admettre le rapport des médiateurs et ne puissent présenter elles-mêmes une convention de conciliation. Le renvoi devant les juridictions du travail devient nécessaire. Qui va faire ce renvoi ?

Au civil, c'est le demandeur qui choisit le juridiction, s'il se trompe, il s'expose à une exception d'incompétence.

En notre matière, non seulement la compétence ratione loci peut être difficile à déterminer, mais aussi la compétence ratione materiae, les conflits du travail sont en général complexes, de quels chefs de demande doit-on saisir le tribunal de droit commun, de quels chefs de demande le tribunal législatif ?

La question n'est pas aussi nouvelle qu'on pourrait le croire, un problème analogue se pose quand un accident est causé par un préposé de l'Etat : quelles sont dans ce cas les demandes dont peut connaître le Tribunal Correctionnel, quelles demandes faut-il porter devant la juridiction administrative ? Une question analogue se pose au sujet de la demande d'une partie civile en correctionnelle quand certaines questions sont de la compétence du tribunal civil, la rente d'un accidenté du travail par exemple.

Ici apparaîtrait l'avantage d'avoir un seul organisme de conciliation qui assume, en même temps, le rôle de juge d'instruction civile. C'est, en effet, aux médiateurs qu'il incomberait, par une ordonnance

rendue au pied du procès-verbal de non conciliation, de renvoyer devant l'une ou l'autre des juridictions du travail.

On gagnerait à cette procédure du temps et la quasi certitude d'éviter des déclinatoires de compétence.

§ 2. — La juridiction des conflits du travail de droit commun

Les conflits qui portent sur des droits acquis sont, avons-nous dit, ou des actions syndicales, ou des actions individuelles exercées collectivement. Rien ne permet d'en enlever la connaissance aux tribunaux de droit commun. On comprendra qu'en présence de la gravité du litige nous écartions la juridiction d'exception du Conseil de Prud'hommes à laquelle s'applique toute notre théorie du juge populaire. C'est donc aux tribunaux civils qu'il appartient de connaître de ces actions. Dans les tribunaux importants, une chambre pourrait être spécialisée.

L'instruction ayant été faite inquisitoirement sans formalités, les parties n'auraient qu'à conclure sur le rapport des conciliateurs. Rien n'empêche de fixer un délai extrêmement bref pour cela et pour plaider, d'autoriser l'exécution sur minute avant enregistrement et d'abréger le délai d'appel.

Dans le cas d'un conflit de solidarité, l'instruction du conflit individuel ayant été nécessairement faite en même temps que celle du conflit collectif, il ne nous semble pas qu'il y ait lieu de disjoindre le procès individuel de l'action syndicale pour en faire une question préjudicielle, les deux dossiers peuvent être joints.

§ 3. — La juridiction législative

Cette juridiction doit être impartiale et son autorité doit être indiscutée. Il est nécessaire qu'elle réunisse les trois mêmes ordres de compétence que l'organisme de conciliation. Les membres de ces tribunaux doivent être des juristes, des ingénieurs, des financiers. Il est logique que là encore l'Etat prenne les juges en dehors de la lutte sociale, donc parmi ses fonctionnaires. Mais il est nécessaire qu'il fasse une juridiction stable et impartiale. Les membres du tribunal doivent donc être nommés pour une longue durée et avoir des garanties d'indépendance.

Il nous semble qu'à l'exemple de la législation italienne, la base de cette nouvelle juridiction pourrait être une chambre spécialisée de la Cour d'Appel à laquelle s'adjoindraient trois ingénieurs et trois fonctionnaires ayant une compétence financière et sociale.

Le petit nombre des juridictions ne rendrait pas trop lourde l'institution et ajouterait à son autorité. L'expérience montrerait les modifications à y apporter.

L'œuvre de ce tribunal serait un règlement corporatif du travail, analogue à une convention collective, mais imposé, ou une mesure subjective, ce que nous avons appelé une loi privée.

La limite des pouvoirs de cette juridiction a été étudiée plus haut. Nous avons dit en même temps que le recours contre ses décisions pouvait aller devant le pouvoir législatif ou le Conseil d'Etat. La première solution serait d'une procédure trop lourde et risquerait de rendre le débat politique, il semble normal que le Conseil d'Etat ait connaissance de décisions ayant un caractère réglementaire ou législatif.

Les décisions de ce tribunal pourraient soit avoir un terme légal, avec tacite reconduction si les parties ne parviennent à un accord amiable avant ce terme, soit avoir un terme judiciaire, soit enfin n'avoir aucune limitation de durée, le mutuus dissensus seul devant y mettre fin.

§ 4. — Des sanctions

La plupart des obligations reconnues ou créées par les juridictions du travail sont des obligations de faire. Leur inexécution normalement se résoud en dommages et intérêts. Mais il était indispensable pour la paix sociale de trouver un mode d'exécution forcée.

La jurisprudence a inventé l'astreinte. Mais cette institution se ressent fortement de son origine prétorienne : l'astreinte étant indéterminée, celui qui en bénéficie doit la faire arrêter et liquider. A ce moment, le Tribunal se trouve dans une alternative : ou bien il accorde le produit du montant de l'astreinte par le nombre de jours ou de semaines écoulées depuis le jugement et il enrichit ainsi injustement le demandeur, ou bien il réduit l'astreinte au préjudice subi et dans ce cas ce n'était qu'un épouvantail à moineaux. Tout ce que risque celui qui résiste c'est de voir, quand le préjudice est difficile à évaluer, le tribunal fixer les dommages et intérêts au chiffre le plus haut possible.

On sent très bien que la jurisprudence aurait voulu tendre à faire de l'astreinte une amende moratoire, mais l'Etat n'étant pas partie au procès, il était impossible de l'en faire bénéficier, d'ailleurs comment un tribunal aurait-il pu créer une peine nouvelle en violation de l'article 4 du Code Pénal.

L'efficacité d'une astreinte de cette nature est indéniable. Si aucune limite de temps n'est fixée au développement de l'astreinte, tout le patrimoine du condamné sera absorbé, il sera endetté envers l'Etat

pour le reste de sa vie, ses gains seront réduits à la quotité insaisissable. Le procédé apparaît aussi dangereux qu'énergique, mais employé avec prudence, il devait être du plus grand intérêt, il était facile de limiter l'astreinte à un multiple du préjudice causé.

Le législateur est très heureusement entré dans cette voie.

Il existe une question assez voisine, celle de l'évaluation du préjudice moral. D'assez nombreuses affaires syndicales posent cette question. Là comme pour l'évaluation du préjudice causé à un particulier par une diffamation, les tribunaux sont fort embarrassés. Devant l'immoralité d'enrichir quelqu'un parce qu'il a été atteint dans son honneur, les tribunaux préfèrent le scandale d'évaluer l'honneur à une somme dérisoire.

Il semble qu'en cette matière le législateur pourrait heureusement s'inspirer de la pratique anglaise et admettre que dans ses conclusions le demandeur puisse faire donation des dommages et intérêts qu'il réclame à une institution charitable.

Le trouble social causé par l'inexécution des jugements des tribunaux arbitraux est tel que l'Etat a le droit et le devoir de le réprimer par des peines sévères. De nombreux parlementaires avaient proposé en 1936 et en 1938 que des peines d'emprisonnement fussent prévues pour les patrons et ouvriers qui n'exécutent pas les décisions de justice rendues sur leurs conflits. La mesure est difficilement applicable à la collectivité ouvrière, mais elle ne l'est pas aux journalistes, orateurs de carrefours et meneurs qui l'incitent à troubler si dangereusement l'ordre social.

§ 5. — Du ministère public et de la relativité de la chose jugée

Pour les conflits dits d'ordre « purement juridique » qui sont portés devant le tribunal civil, il est facile, en déclarant qu'ils font partie des affaires communicables, d'en saisir le Ministère Public. Il est, en effet, nécessaire que celui-ci ait connaissance de causes qui peuvent troubler aussi profondément l'ordre public.

Faut-il instituer un ministère public devant les tribunaux législatifs comme l'a fait la loi italienne devant les tribunaux du travail ? Il nous semble que la nécessité en est au moins aussi impérieuse.

Les corporations présentent un grave danger, celui de voir patrons et ouvriers unis s'entendre aux dépens de la collectivité. Dès 1383, une ordonnance royale de Charles VI devait prévoir ce danger interdisant aux membres des corporations de « monopoler ensemble et mettre prise en leurs denrées et marchandises au préjudice de la chose publique »[1]. La disparition de la libre concurrence permet

---

(1 Oualid : *op. cit.*, p. 1.

et même impose le monopole. L'Etat, qui aura le devoir de veiller que les corporations n'abusent pas de ce pouvoir, doit nécessairement intervenir dans les litiges qui permettent les mêmes abus à l'aide de jugements d'expédient.

Si, comme en Italie pour les tribunaux du travail, on prenait pour base des tribunaux législatifs, les Cours d'Appel, il serait très simple de donner aux procureurs généraux la charge du Ministère Public près des nouvelles juridictions.

Dès 1936, le Gouvernement, mu par un esprit de justice et peut être par un esprit d'égalitarisme un peu simpliste, a voulu donner les mêmes avantages aux ouvriers de même catégorie de toutes les entreprises identiques et, par là, donner à toutes celles-ci les mêmes charges. Pour y parvenir, il a étendu les sentences arbitrales à d'autres intéressés que les parties au litige au moyen d'arrêtés d'extension.

Ce procédé portait indéniablement atteinte au principe de la relativité de la chose jugée; il était également tyrannique parce qu'il appliquait un jugement à une personne qui n'avait pas eu la faculté de présenter sa défense au procès.

Mais, d'autre part, il est indéniable que l'on a intérêt à ne pas multiplier des procès identiques et risquer des jugements contradictoires. Le droit anglais, pourtant si respectueux de la liberté individuelle, admet un procédé que l'on pourrait avec avantage utiliser en notre matière : le droit pour le juge de mettre d'office en cause toute partie ayant un intérêt identique.

Ce droit pourrait être reconnu à la fois au ministère Public et à la Cour. Si la mise en cause peut être instruite facilement et jointe sans retard à la première affaire, un seul jugement interviendra, sinon le Ministère Public se contentera de demander que la première décision soit rendue commune aux nouvelles parties.

Les arrêtés d'extension nous paraissent donc devoir être supprimés comme injustes, puisque les parties n'ont pu faire valoir devant les juges leurs arguments personnels.

§ 6. — Conclusions

Les tribunaux du travail ont deux fonctions à remplir : une fonction juridictionnelle, une fonction créatrice de droits.

C'est à la fonction de créer l'organe. Il est logique qu'à chaque fonction corresponde un organisme distinct.

Si l'on ne crée qu'une seule juridiction, on sacrifiera l'une des fonctions à l'autre.

Il est nécessaire qu'une première tentative de conciliation soit faite dans le cadre professionnel, il faut laisser à chaque corps de métier le soin d'organiser cette procédure.

La conciliation par l'Etat met en œuvre trois sortes de connaissances : des connaissances juridiques, techniques et financières.

Il est nécessaire de prendre les conciliateurs en dehors de la lutte sociale.

Le tribunal conciliateur doit se composer de trois fonctionnaires : un juriste, un ingénieur, un financier.

L'inamovibilité est la garantie de son impartialité et de son autorité.

Pour proposer une solution acceptable, les conciliateurs doivent se livrer à une instruction complète de l'affaire, ils doivent être des juges d'instruction civile. Cette institution est dans la logique des décrets-lois de 1935.

Les conciliateurs ne doivent pas encourager les parties à avoir recours à des arbitres, à des mandataires, mais, si elles le veulent, ils doivent prendre toutes les mesures pour que le compromis ou les mandats permettent de résoudre le différend.

Il est nécessaire que la juridiction compétente soit saisie par ordonnance des conciliateurs pour éviter des incompétences.

Les tribunaux civils sont tout désignés pour assurer la juridiction des conflits sur droits acquis.

Il semble logique de prendre pour base du tribunal législatif la Cour d'Appel en lui adjoignant trois ingénieurs et trois économistes.

L'astreinte et les peines de prison contre les patrons et les meneurs ouvriers sont les sanctions nécessaires de l'inexécution de décisions aussi graves pour l'ordre public.

Il est nécessaire qu'il existe un Ministère Public auprès du tribunal législatif.

L'extension par voie administrative d'une sentence à des personnes qui n'ont pas été parties au procès est injuste.

L'inconvénient, que ce procédé veut éviter, peut être pallié tout aussi bien par l'octroi à la Cour et au Ministère Public du droit de mise en cause d'office.

CHAPITRE VI

CRITIQUE DE L'ORGANISATION DES JURIDICTIONS DU TRAVAIL EN TUNISIE

§ 1er. — L'arbitrage obligatoire

Un décret beylical du 20 novembre 1939 a suspendu, en Tunisie, les procédures de conciliation et d'arbitrage en matière de conflits collectifs.

A cette date, les conflits suivants s'étaient produits depuis l'institution de l'arbitrage obligatoire :

ANNÉES	CONFLITS		CONFLITS SUSPENDUS par le décret du 20 novembre 1939	TOTAUX
	RÉGLÉS	CLASSÉS		
1937	146	45	»	191
1938	62	33	»	95
1939	24	23	13	60
TOTAUX	232	101	13	346

OBJET DES DEMANDES		1937	1938	1939	TOTAUX
Salaires.	Augmentation	86	45	21	152
	Fixation	23	15	10	48
Licenciement		18	14	6	38
Chômage		4	0	4	8
Règlement de travail ou convention collective		38	13	11	62
Divers		22	8	8	38
TOTAUX		101	95	60	346

Tout ce que nous avons dit sur les principes d'organisation de cette juridiction s'applique à la Tunisie.

Il nous paraît donc nécessaire d'abroger les textes qui l'on instituée, de rendre aux tribunaux civils la connaissance des conflits collectifs portant sur des droits acquis et de créer un tribunal législatif pour les demandes de droits nouveaux (revision de conventions collectives, adjonction de clauses, etc.).

Il n'est pas possible de faire juger par un tribunal législatif, situé à Alger, un conflit qui surgirait à Gabès, l'urgence de la solution s'y oppose. Il est déjà excessif qu'un malheureux plaideur, domicilié dans cette ville, ait à parcourir trois cents kilomètres pour faire juger un procès civil à Sousse en premier ressort, et treize cent cinquante kilomètres pour aller en appel, sans lui imposer les mêmes déplacements pour se présenter devant la nouvelle juridiction. Il est donc nécessaire que le tribunal législatif ait son siège à Tunis.

§ 2. — Les Commissions Arbitrales du travail

1° De leur légalité

La Commission Arbitrale du premier degré de Bizerte, par une décision rendue le 29 juillet 1938, s'est reconnue incompétente pour juger un conflit du travail entre européens. Cette décision s'appuyait sur les arguments suivants : la nouvelle juridiction créée par décret beylical est une juridiction tunisienne, un décret beylical ne peut abroger une loi française, or celui de 1936 a ôté aux juridictions françaises des litiges qui étaient de leur compétence pour les remettre à la nouvelle juridiction, ce décret beylical est donc illégal.

Cette décision a été réformée par la Commission Arbitrale du deuxième degré dans une sentence, en date du 24 octobre 1938, qui, d'une part, reconnaissait le caractère de juridiction française aux Commissions Arbitrales et, d'autre part, rappelait que les tribunaux français ne sont pas juges de la constitutionalité des lois.

La première chambre du Tribunal Civil de Tunis a statué, dans le même sens, le 8 mars 1939.

Examiner si le décret du 17 décembre 1936 est ou non illégal conduit à rechercher qui détient, en Tunisie, la souveraineté et le pouvoir législatif.

Il y a en Tunisie, au point de vue exécutif et législatif, deux souverains : le Bey et la France, représentée par son Résident.

Lorsqu'on compare le protectorat à la suzeraineté du droit féodal on est assez près de la vérité, mais le protectorat, en Tunisie, est intermédiaire, nous semble-t-il, entre la collégialité dans l'exercice

du pouvoir et la suzeraineté. Mais ces vocables n'expriment pas tout, car il y a, de par son degré de civilisation, une primauté de la France qui dirige l'évolution administrative et sociale du pays selon son idéal propre.

La comparaison classique avec la tutelle est fausse, à moins que l'on ne songe à la forme la plus ancienne du droit romain où c'était une potestas et non une charge.

Rome a connu tous les types de protectorat, les juristes ont définit le droit de Rome comme un dominium [1], que ce droit se bornât à un simple contrôle, fût l'exercice collégial du pouvoir, ou la mise en tutelle complète de l'autorité indigène. Mais les citoyens romains ont toujours été exclusivement soumis à leurs lois et jugés par leurs tribunaux nationaux.

Il en va de même pour les Français en Tunisie. Rappelons qu'avant l'instauration du protectorat les Européens étaient justiciables de leurs consuls et soumis à leurs lois nationales.

Par l'instauration du protectorat, le Bey a-t-il reçu le pouvoir nouveau de modifier la loi nationale des Français et des Européens et de les soumettre à de nouvelles juridictions comme le prétend M. Silvera [2]. Nous ne le croyons pas; il suffit de rappeler que ce n'est qu'au profit de la France et de ses juridictions que les pays étrangers ont renoncé à leurs capitulations. N'est-il pas abusif de soutenir que la mise en tutelle ou en curatelle que constitue l'instauration du protectorat a augmenté les droits du protégé.

Quels sont les pouvoirs du souverain indigène ? Ils ne peuvent être plus grands que ceux qu'il détenait avant l'instauration du protectorat qui a soumis tous ses actes au contrôle de la nation protectrice. Le Bey ne peut donc légiférer que pour les indigènes, il ne peut ni légiférer ni créer de juridictions à l'encontre des Européens.

La France a gardé ses pouvoirs sur ses nationaux et a acquis, avec le pouvoir souverain, le droit de légiférer à l'encontre de tous les Européens et de leur donner les lois et les juridictions qu'elle estime désirables. Les traités capitulaires qui restreignaient les pouvoirs du Bey ne pouvaient s'appliquer au souverain français, les nations étrangères y ont très logiquement renoncé en faveur de la France.

Le législateur métropolitain a donc le droit d'appliquer, en Tunisie, aux Européens les lois qu'il lui plaît. Pour qu'elles soient également applicables aux indigènes il faut l'accord du Bey co-souverain.

Puisque les décrets beylicaux sont applicables aux Européens, en général, et aux Français, en particulier, et puisqu'il n'est pas admis-

---

(1) Engelhardt : *Les protectorats romains.* Revue de Droit International Public, 1895.

(2) Silvera : *Régime législatif d'un protectorat de droit international.* Thèse. Alger.

sible qu'à leur égard ils tirent leur force exécutoire de la souveraineté indigène, il faut donc que ce soit le contreseing résidentiel qui leur donne cette force.

Le Résident a-t-il des pouvoirs législatifs ?

Comme agent du pouvoir exécutif, délégué du Président de la République, le Résident Général a incontestablement le pouvoir réglementaire, mais les décrets beylicaux, rendus par son contreseing applicables aux Européens, dépassent largement par leur portée le cadre des pouvoirs réglementaires.

A l'égard des Européens et des Français en particulier, le Résident Général de Tunisie fait fonction de législateur secondaire à côté du législateur métropolitain.

Ce pouvoir est incontestablement nécessaire, mais quelle origine peut-on lui attribuer ? Les mêmes besoins créent les mêmes fonctions : dans les provinces romaines les gouverneurs, pro-consuls, pro-préteurs, questeurs, etc., étaient eux aussi des législateurs secondaires par leur édit d'entrée en charge [1].

Nous pouvons appeler le pouvoir législatif du Résident Général de France en Tunisie un pouvoir pro-consulaire.

Que cette législation secondaire comble les lacunes, laissées en Tunisie par la non application de beaucoup de lois françaises, c'est logique. Peut-on admettre l'abrogation ou la suspension d'un texte français par un délégué de l'Etat Français ?

On sait que, par divers décrets de 1934 et de 1936, les Résidents Généraux se sont reconnus ce droit. Est-ce à juste titre ?

Ce problème a été posé, pour la première fois, par le décret du 2 octobre 1934 qui instituait des Commissions Arbitrales pour accorder les délais de grâce aux débiteurs agriculteurs ou propriétaires ruraux.

Me Perrussel, dans son étude sur « le pouvoir législatif et la justice française en Tunisie », déniait au Résident Général tout pouvoir législatif et concluait qu'en contresignant ce décret le Résident avait commis un excès de pouvoir [2].

On pourrait maintenant invoquer à l'appui de cette thèse un argument nouveau :

En 1936, nous avons vu la Résidence demander qu'un texte formel déléguât le pouvoir législatif, sur la Tunisie, au Président de la République, ce qui prouve que l'Administation du Protectorat n'était pas très sûre de sa thèse.

---

(1) GIRARD : *Manuel Elémentaire de Droit Romain. Passim.*

(2) Yves PERRUSSEL : *Le décret beylical du 2 octobre 1934. Le pouvoir législatif et la justice française en Tunisie.* Tunis, 1934.

Le refus du Ministère des Affaires Etrangères est conforme à la doctrine de ce dernier et à celle de la Chancellerie comme nous l'avoue M. Silvera [1].

Pour nous, nous croyons que ce qui domine dans la fonction résidentielle c'est le maintien de l'ordre public. Si l'ordre public nécessite la suspension urgente d'une loi française, le droit de le faire relève de l'imperium résidentiel, c'est un droit pro-consulaire, qui permet d'écarter la primauté du législateur métropolitain. Mais cela même met une limite à ce pouvoir: dès l'urgence éteinte, ce texte extraordinaire doit être abrogé, ou si son maintien se révèle indispensable, il faut le soumettre comme un décret-loi à la ratification du pouvoir législatif français.

La nécessité de l'ordre public explique les décrets de 1934, il n'en est pas de même pour celui de 1936 qui a institué les Commissions Arbitrales du travail, donc ce dernier décret est illégal [2].

On voit que cette théorie aboutit à reconnaître au Résident Général des pouvoirs plus étendus que ceux que lui reconnaît la théorie du Ministère des Affaires Etrangères et de la Chancellerie et un peu moins que ceux qu'il s'est arrogés en 1936.

Nous pensons avoir démontré l'illégalité des Commissions Arbitrales, il nous reste à indiquer les vices de cette juridiction.

2° De l'encombrement du rôle par les affaires insoutenables

Pratiquement, les Commissions Arbitrales n'ont commencé à fonctionner qu'en 1937. Notre statistique est arrêtée au 30 juin 1939, elle porte donc sur deux années et demi.

A cette date, la Commission la plus chargée, celle du canton Nord de Tunis, avait ouvert 1.609 dossiers, sur ce nombre 60 affaires avaient été conciliées, 342 avaient été jugées, 76 avaient été rayées, il restait 1.131 affaires renvoyées sine die, sur ce nombre le secrétariat voyant grand, à notre avis, escompte que 10 % seront remises au rôle, soit un déchet de 1.094 affaires rayées ou abandonnées. A première vue, on peut donc dire que deux affaires sur trois étaient engagées soit par imprudence, soit de mauvaise foi, et cela sans tenir compte des déboutés qui sont englobés dans le chiffre des jugements rendus et en forment au moins la moitié. Au canton Sud, la statisti-

(1) Silvera : *op. cit.*, p. 117.

(2) Me Scemama dans un article paru dans le « Petit Matin » du 10 octobre 1934 a soutenu que le décret du 2 octobre 1934 était une loi de police et de sureté, qu'il avait donc été légalement pris. Me Perrussel a critiqué ce point de vue dans son étude : *op. cit.*, pp. 40 et suivantes. Il nous semble que la situation économique désastreuse des agriculteurs donnait un caractère d'urgence et d'ordre public à un moratoire des dettes agricoles, et justifiait cette mesure proconsulaire. Il faut d'ailleurs reconnaître avec Me Perrussel que la procédure nouvelle et le privilège concédé au Crédit Foncier prêtaient à la critique.

que donne 1.446 dossiers ouverts, 531 affaires jugées, 77 conciliées, 95 rayées, 746 renvoyées sine die: en appliquant le même calcul nous estimons le déchet à 767, soit un peu plus que la moitié; notons, en contre partie, que les appels formés contre les décisions de cette juridiction sont au nombre de 144, alors qu'au canton Nord il n'y en a que 121. Devant la Commission de Bizerte, sur 289 affaires, le déchet a été de 162, près des deux tiers. Admettons que sur les affaires abandonnées ou rayées il y ait eu un certain nombre de transactions, le patron préférant donner une petite somme pour obtenir un reçu en solde de tous comptes que d'avoir l'ennui d'un procès. Il n'en reste pas moins qu'au minimum une affaire sur deux et probablement deux sur trois étaient engagées par imprudence, sur un mouvement d'humeur ou de mauvaise foi.

Avant l'institution des Commissions Arbitrales, les juges de paix voyaient quelques affaires de congédiement abusif par mois. A quoi a été dû cet afflux ? A la gratuité et à l'absence de tout frein de procédure.

3° De la célérité de la nouvelle juridiction

Pour avoir une base de comparaison voyons le temps nécessaire à la solution d'un procès en justice de paix. Il est certain que la durée de la procédure est très variable, mais nous supposerons des parties très diligentes, qui ont réuni d'elles-mêmes des dossiers complets. Afin que notre base d'examen soit sérieuse nous devons considérer une justice de paix très chargée, celle du canton Nord de Tunis, par exemple, qui, outre plusieurs centaines d'affaires de simple police, voit engager chaque semaine une moyenne de cent cinquante affaires nouvelles, civiles et commerciales.

Considérons d'abord une affaire qui ne nécessite aucune mesure d'instruction. L'affaire est appelée huit jours après l'audience de conciliation, si elle est simple elle est jugée sur le siège, si sa complication nécessite une mise en délibéré, celui-ci est vidé dans la huitaine. Le jugement est donc rendu au maximum 15 ou 20 jours après l'introduction de l'instance. Si l'on tient compte du temps nécessaire à la rédaction de la minute, à son enregistrement et à la rédaction de la grosse, on peut dire que le demandeur peut avoir sa grosse en main pour la faire exécuter entre le trentième et le quarantième jour après l'introduction de l'instance.

Si une mesure d'information est nécessaire on a, en général, recours à un expert. Les enquêtes sont rares, en fait c'est l'expert qui y procède. Le procédé est prétorien, irrégulier, mais la pratique démontre sa valeur. On gagne du temps et bien que les témoins ne prêtent pas serment devant l'expert, il est exceptionnel que l'une des

parties conteste leur déclaration et demande l'enquête. On sait par avance que, vraie ou fausse, le témoin maintiendra sa déposition.

Le procédé se révèle si pratique qu'il serait désirable qu'il soit régularisé par la loi, nos experts deviendraient alors très comparables aux referees anglais.

La pratique révèle que le rapport d'expertise n'est presque jamais déposé moins de deux mois après le jugement qui nomme l'expert.

Dans le délai de 3 à 4 mois au maximum à compter de l'engagement de l'instance on peut avoir un jugement définitif.

C'est fort long nous dira-t-on ! Certes, mais on ne peut abaisser au-dessous de 25 jours le délai nécessaire à la délivrance d'une grosse sans augmenter le personnel du greffe et de l'enregistrement. En ce qui concerne le délai de deux à 3 mois nécessaire pour obtenir le dépôt du rapport d'expertise, il est dû à l'absence de diligence des parties pour mettre l'expert en mouvement et lui remettre les pièces, et ensuite aux demandes de renvoi des réunions d'expertises. Il semble possible de réduire ces délais, la fixation d'un délai strict à l'expert, après sa mise en mouvement, sous peine de remplacement en cas de non dépôt du rapport avant le terme fixé, pourrait y contribuer.

Mais mettons en regard les délais ordinaires devant les Commissions Arbitrales pour obtenir un jugement. On peut poser, en principe, que dans une affaire simple, qui ne nécessite aucune mesure d'information, il faut attendre un minimum de six mois pour avoir une sentence, deux mois de plus que pour une affaire compliquée de justice de paix. Si l'affaire est complexe et demande une mesure d'information, il faut compter entre six mois et un an et demi pour que la Commission Arbitrale en ait terminé avec elle.

Si la procédure est gratuite on voit qu'elle est loin d'être rapide. A quoi est-ce dû ?

Il faut tenir compte de l'incompétence. Un juge de paix arrive à expédier 25 ou 30 affaires anciennes et parfois jusqu'à 80 affaires nouvelles. Si une Commission Arbitrale liquide 4 ou 5 conciliations et 3 ou 4 jugements dans une audience, il faut l'en féliciter. Les avocats n'étant pas sûrs d'être compris exposent les faits avec la plus scrupuleuse minutie, puis les répètent. Quand ils en viennent aux questions de droit, ils commencent, avant le plaider, à faire un cours, ils ne rappellent pas des principes, ils les exposent, mais ils le font avec l'insistance de gens qui sentent non seulement qu'il est essentiel d'être compris par des profanes, mais encore qu'il faut si bien les instruire qu'ils deviennent avant la fin de la plaidoirie des professionnels. Entreprise désespérée qui entraîne les plus fatigantes répétitions. Bref, on plaide trois ou quatre fois plus longuement devant les Commissions Arbitrales qu'en justice de paix.

4° De l'utilisation de fonctionnaires comme arbitres ouvriers

Il est indéniable que c'est à la demande de la C.G.T. que l'on a admis les fonctionnaires aux fonctions d'arbitres ouvriers. C'était reconnaître l'impossibilité de recruter en Tunisie et à Tunis même un nombre suffisant d'ouvriers assez intelligents ou assez instruits pour remplir ces fonctions.

En fait 7 sur 10 des arbitres ouvriers sont des fonctionnaires ou des employés des services concédés, ce ne sont jamais des travailleurs manuels.

*
* *

Nous pouvons donc conclure que la nouvelle juridiction n'a pas eu des résultats heureux.

Ce n'est pas une juridiction professionnelle puisqu'il a fallu utiliser des fonctionnaires comme arbitres ouvriers. La gratuité accordée sans contrôle a amené une quantité considérable d'affaires inconsidérées, insoutenables et de mauvaise foi. Les délais de procédure sont beaucoup plus longs qu'en justice de paix. Comme pour tous les juges populaires, l'impartialité des arbitres est extrêmement douteuse.

Cette juridiction illégale et inutile doit être supprimée.

Nous exposerons dans la dernière partie de ce chapitre les mesures qui peuvent être prises pour assurer aux ouvriers sans ressources et sans connaissances juridiques le moyen de se faire rendre justice aisément, rapidement et sans frais.

§ 3. — Les Conseils de Prud'hommes

1° Généralités

Tous les défauts que nous avons reconnus aux juges populaires et aux Commissions Arbitrales se retrouvent dans les Conseils de Prud'hommes de Tunisie.

Nous nous bornerons à noter les points particuliers.

Quant au nombre d'affaires qui leur seront soumises, la dernière statistique que nous ayons, nous révèle, qu'en 1938 il a été soumis au service de l'Inspection du Travail par réclamation verbale 3.936 litiges entre patrons et ouvriers et environ 500 réclamations écrites. Sur ce total l'Inspection en a concilié environ les trois quarts.

Nous savons donc par avance que le bureau de conciliation du Conseil de Prud'hommes aura entre 90 et 100 affaires nouvelles par semaine.

Nous sommes persuadés que ce bureau n'aura pas l'autorité de l'Inspection du Travail. Celle-ci a des pouvoirs tels que lorsqu'elle déclare juste la demande d'un ouvrier, le patron qui n'a point envie d'être suspecté d'irrégularité par un service aussi puissant transige facilement; de son côté l'ouvrier qui ne se sent pas soutenu par l'inspecteur du Travail, qu'il considère à juste titre comme un protecteur, n'insiste pas la plupart du temps.

A notre avis on peut estimer que le bureau de conciliation sera fort heureux s'il concilie entre la moitié et les deux tiers des affaires. Il restera donc de trente à cinquante affaires à juger par semaine. Mais, soyons beau joueur, admettons que le bureau de conciliation soit aussi habile que l'Inspection du Travail. Il restera 25 affaires à juger, sans compter celles qui n'entrent pas dans notre statistique parce que la conciliation n'a pas été soumise à l'Inspection du Travail.

Le bureau de conciliation ayant 100 affaires à voir siégera au moins deux matinées, plus probablement trois, car les plaignants sont prolixes et il faudra souvent avoir recours à des interprètes.

Combien le bureau de jugement pourra-t-il expédier d'affaires par audience ?

Un juge de paix expéditif (suivant en cela la tradition de M. Saint Yves, official de Tréguier, patron des avocats, à qui on compte au nombre de ses vertus d'avoir abrégé les plaidoiries) voit très facilement 20 affaires anciennes ou 50 affaires nouvelles en une seule audience. Mais nous avons vu que les Commissions Arbitrales ne jugent guère que quatre affaires en une audience souvent fort longue. Laquelle de ces traditions suivra le futur Conseil de Prud'hommes ?

C'est une juridiction encore plus lourde que les Commissions Arbitrales, à première vue on ne peut s'attendre à la voir statuer plus rapidement.

Mais, il faut se souvenir que nous aurons des Prud'hommes indigènes dans la plupart des affaires; tous les témoignages, toutes les plaidoiries devront être traduits, cela doublera les débats et allongera fort les délibérés. Il suffit d'avoir assisté aux audiences du Tribunal Criminel de Tunis quand il y a des assesseurs indigènes pour savoir ce que signifie cette obligation de traduction.

Nous croyons donc être très large en admettant que cinq affaires pourront être jugées à chaque audience. Il faudra donc siéger cinq jours chaque semaine. Il faudra un juge de paix supplémentaire pour ce service, ce qui n'est pas prévu. Mais où trouvera-t-on des assesseurs assez oisifs pour siéger aussi souvent, alors que la C.G.T. n'a même pas été capable de désigner des travaillleurs manuels pour assurer une fois par semaine le service des Commissions Arbitrales ?

A ce point de vue, l'institution n'est pas viable.

Sur la lenteur de la procédure nous sommes édifiés par avance, grâce aux Commissions Arbitrales.

La question d'impartialité ne se pose même pas.

Mais il nous faut examiner maintenant les problèmes que pose l'introduction de juges populaires indigènes dans une juridiction française pour juger non seulement des tunisiens mais aussi des français.

2° Est-il admissible que des français soient jugés par des indigènes ?

Nous avons vu le Procureur de la République de Tunis déclarer dans un rapport du 23 février 1924 :

« La participation, même à titre simplement consultatif, de deux assesseurs indigènes ou étrangers serait une atteinte aux principes du protectorat et aux pouvoirs juridictionnels de la France en Tunisie.

« Dans les pays hors chrétienté, les Français ne peuvent être jugés que par des magistrats Français. C'est là une règle d'ordre public ».

On voit que la question dépasse le cadre du Conseil de Prud'hommes et de l'utilisation de juges populaires. Le principe resterait le même s'il s'agissait de magistrats, quelle que soit leur supériorité sur des juges populaires.

Si cette règle est vraiment d'ordre public, les Chambres ont eu tort de la violer en adjoignant des Prud'hommes indigènes à une juridiction appelée à juger des Français.

C'est le fondement et la survivance de cette règle traditionnelle que nous entendons justifier ici.

Son origine est indiscutable : c'est le caractère religieux du droit musulman et des juridictions indigènes.

Mais la prédominance, la supériorité de la civilisation occidentale chrétienne sur la civilisation arabe a donné à cette règle nécessaire un caractère plus marqué encore.

La divergence des conceptions juridiques, civiques, sociales et morales des deux civilisations est indiscutable. La prédominance de la première est un fait matériel dû à une supériorité technique. Cette supériorité de force brutale d'une civilisation machiniste, pour réelle qu'elle soit ne nous paraîtrait pas suffisante pour justifier notre droit d'imposer par nos juridictions notre idéal de vie, moral, philosophique, juridique et social. Rappelons, avec Anatole France, qu'il faut admettre trois sources à la civilisation occidentale : l'esprit grec, le droit romain et le christianisme, et que la volonté de puissance que veulent y ajouter certains auteurs n'est pas un élément civilisateur, trop d'invasions barbares ont démontré que la force sert à détruire des civilisations tout comme elle sert à en maintenir et à en étendre.

A part quelques exaltés, on ne voit que peu d'esprits de valeur affirmer la supériorité de certains points des civilisations orientales, on peut citer pour exemples quelques orientalistes tels que René Guenon pour la philosophie, Vedanta et Lafcadio Hearn pour l'aspect artistique et chevaleresque de la vieille vie japonaise.

C'est parce que nous affirmons la supériorité spirituelle et intellectuelle de la civilisation chrétienne que nous nous arrogeons le droit de juger selon notre idéal, âme et squelette de notre droit, non seulement nos compatriotes mais nos sujets et nos protégés.

Et pour cette œuvre nous ne pouvons admettre le concours d'hommes dont les conceptions sont différentes des nôtres, quelle que soit leur valeur personnelle.

Nous sommes certains que nos amis musulmans ne se méprendront pas sur notre pensée, qui déborde toute individualité. Nous savons qu'il est des Tunisiens de culture exclusivement arabe qui par l'esprit, l'intelligence et le cœur peuvent, non sans raison, se comparer à bien des européens. Mais notre affirmation n'est pas sur ce plan, nous soutenons qu'on ne peut trouver de plus hautes conceptions artistiques, littéraires, philosophiques, juridiques et morales que celles de la civilisation occidentale.

Il est inutile de préciser que nous ne croyons pas que nos lois seraient meilleures que les leurs pour les indigènes et qu'on devrait les leur appliquer hic et nunc, mais nous affirmons que, si leur législation doit s'améliorer, c'est vers la nôtre qu'elle doit tendre, et c'est dans ce sens qu'agit l'influence civilisatrice de la France.

3° Quelle est l'opinion du milieu tunisien sur la nouvelle juridiction

Notre connaissance du milieu tunisien était bien trop insuffisante pour que nous osions en juger par nous même. Nous avons donc interrogé des personnalités qualifiées et la dernière d'entre elles nous a si bien résumé le point de vue unanime du milieu que nous n'avons eu qu'à transcrire.

« L'inquiétude dont un tunisien a fait part à M. Durel, en 1923, est fondée. Nos artisans et industriels des corporations traditionnelles vivotent avec peine, ruinés par la technique moderne et la désaffection de la clientèle indigène qui suit les modes européennes. Seuls vivent encore bien les artisans qui fabriquent les objets de bazar oriental destinés aux touristes, mais ce n'est pas de l'art et ce n'est pas une industrie vitale pour le pays.

« Les conceptions de travail, d'emploi de la main-d'œuvre, de mode de rémunération européennes, si elles étaient introduites par la nou-

velle juridiction dans ce milieu déjà ébranlé, lui porteraient le coup de grâce. Car il n'y a pas au sens européen du mot d'ouvriers dans les corporations, il y a des compagnons qui, une fois devenus de bons artisans, peuvent s'installer comme maîtres. On a une clientèle quand on se dit l'ancien compagnon d'un tel, formé par 15 ans de travail dans son atelier. Le capital nécessaire pour s'installer est fort restreint, on vit sur les acomptes des clients et un crédit en marchandise à court terme (huit à quinze jours) consenti sans acte écrit, sur la simple parole de l'artisan.

« Au lieu de faire des phrases creuses autant qu'inhumaines, sur la nécessité de s'adapter ou de se coucher pour mourir dans les cendres de son passé, il eût mieux valu apprendre aux membres des corporations à modifier leur technique, à avoir recours aux coopératives d'achats et de vente qui épargneraient l'utilisation d'intermédiaires ruineux. Ç'aurait été là un travail réel, long, difficile, enrayé par l'incompréhension, peut-être payé d'ingratitude, aussi obscur qu'utile Une telle évolution est-elle possible ? Serait-il difficile de faire aux membres des corporations et, en particulier, à leurs amines des cours d'économie politique élémentaire, pour leur démontrer l'utilité de coopératives, leur fonctionnement, la nécessité dans ce cas d'accepter la solidarité des responsabilités dans la gestion de ces organismes, etc.

« Les syndicats chrétiens commencent à donner à Tunis des cours du soir d'ajustage de précision, ne serait-il pas possible de faire venir de France quelques maîtres ouvriers, ne fut-ce qu'un par corporation pour rénover les techniques ?

« Quant à l'utilisation possible des produits tunisiens voici un exemple. Il y a une vingtaine d'années, j'ai fait visiter les souks de Tunis à l'écrivain américain bien connu R. H., je l'ai vu tomber en arrêt au Souk El-Leffa devant un rideau de laine tissé à la main et l'acheter. Quelques jours après il portait un complet dont on eut crut l'étoffe sortie des filatures d'Ecosse. Nos fabricants de belghas ne peuvent-ils faire des chaussures légères d'été, nos chaouachis des chapeaux ? Vous connaissez la solidité et le fini de ces produits fait à la main, mais tenez, regardez ce morceau d'étoffe, il date de quatre-vingts ans, il est râpé, usé, jusqu'à la trame, mais voyez la couleur est intacte, le lustre la souplesse le poids d'un morceau aussi petit étonnent.

« Non, nos industries ne sont pas mortes, elles peuvent revivre, mais il ne faut pas avant de les avoir renovées les assimiler aux industries européennes, ce serait les assassiner. Rien n'est plus dangereux, à ce point de vue, que vos Conseils de Prud'hommes.

« Vous voulez savoir comment les Tunisiens jugeront ces juridictions, si la France passe outre et accepte de courir le risque de tuer des corporations qui, par leur dignité, leur conscience profession-

nelle, leur tradition de probité, leur attachement à l'ordre social le plus stable, méritent qu'on ne les lance pas dans l'aventure ? Voici :

« L'organisation d'une telle juridiction est, du point de vue arabe, une monstrueuse erreur. Nous ne concevons la justice que patriarcale et autoritaire.

« Je ne veux même pas juger les Prud'hommes français, patrons et ouvriers, c'est à vous de le faire. Comment jugerons-nous les Prud'hommes tunisiens ?

« Laissez-moi vous rappeler que chez nous l'opposition entre deux classes n'a pas de sens : socialistes et communistes n'ont pas réussi à infiltrer cette division dans le fond de l'âme arabe. Compagnons et maîtres font partie d'une même famille.

« L'autorité paternelle est dure, certes, pour le compagnon, comme pour le fils de la famille, elle n'est pas ressentie comme vous pouvez le concevoir, car elle est logique et juste.

« Je ne veux même pas juger les manœuvres des métiers à demi-européens, ces ouvriers bons à tout, bons à rien. Eux et leurs élus Prud'hommes seront englobés dans le même mépris. Je ne considère que les élus patrons et ouvriers des métiers traditionnels.

« N'oubliez pas que nous sommes au pays des coteries, des clans, des soffs, qui englobent à la fois maîtres et compagnons.

« Personne ne croira à l'impartialité de nos Prud'hommes tunisiens, ceux d'une coterie voudront toujours être aussi désagréables que possible aux plaideurs qui n'en feront pas partie, sans distinguer s'il s'agit d'un patron ou d'un ouvrier. Les Prud'hommes maîtres ou compagnons ne voudront d'ailleurs pas manquer une si belle occasion de nuire à un concurrent.

« Nos Prud'hommes tunisiens seront trop suspects de partialité pour avoir la moindre autorité, on cherchera à les influencer, on les tournera en ridicule.

« Du point de vue tunisien l'institution est sans valeur, pour ne pas dire dangereuse. Ce ne sera jamais de la justice ».

« Vous vous demandez si nous préférons un magistrat français aux juges tunisiens comme le prétendait M. Durel ? Nous croyons à la supériorité des magistrats français aux points de vue de l'impartialité, de la science et de la rapidité dans la solution des procès. Mais nous avons un reproche à leur adresser : ils ne connaissent pas notre langue. Pour apprécier à sa juste valeur un témoignage, il ne faut pas être obligé d'avoir recours à un interprète qui déforme et trahit la pensée, ce défaut est particulièrement sensible devant les juridictions répressives où l'élément d'appréciation personnelle est primordial. En matière de conflit du travail, les témoins se bornent à confirmer ou à nier le fait d'un paiement, c'est un expert qui juge des malfaçons.

« Mais malgré tout, je maintiens que même en cette matière ce défaut est grave ».

*
* *

La juridiction du Conseil des Prud'hommes n'est pas viable en Tunisie : on ne pourra trouver suffisamment de Prud'hommes patrons pour assurer le très grand nombre d'audiences nécessaires, on n'aura à peu près aucun arbitre ouvrier capable, la procédure sera interminable, les Prud'hommes ne seront pas plus impartiaux qu'en France, l'utilisation de Prud'hommes indigènes viole une règle d'ordre public et enfin le monde indigène n'approuve pas la nouvelle juridiction.

Le monde ouvrier n'a rien à gagner et a tout à perdre à l'institution des Conseils.

L'ordre public, par les élections françaises et indigènes, risque d'être fort éprouvé. On peut être sûr que les assesseurs indigènes, quelle que soit leur coterie particulière, n'échapperont que difficilement à l'influence destourienne.

§ 4. — **Des mesures que l'on peut prendre en faveur des ouvriers en matière de conflits du travail**

On n'a pas suffisamment montré quelle est la plus grosse difficulté à laquelle se heurte un ouvrier qui est obligé de plaider contre son patron, pour lui réclamer des salaires ou une indemnité de congédiement abusif. Une action en justice de paix est fort simple, encore faut-il savoir comment l'engager, et nombre de personnes plus instruites que des ouvriers n'en savent rien. Prendre un avocat ou un agent d'affaires est coûteux et la somme à recouvrer si petite que cela n'en vaut pas la peine.

Mais même si l'on sait comment s'y prendre, il faut se déranger, monter plusieurs fois au Palais, aller chez un huissier, bref perdre davantage en journées de travail qu'on ne peut gagner en obtenant gain de cause.

Dans la note administrative de 1911, dont nous avons signalé l'intérêt dans notre historique, on avait perçu la difficulté et proposé la nomination d'avocats ouvriers appointés par l'Etat. Il nous semble qu'il existe un système infiniment plus simple. L'Inspection du Travail a été amenée à se poser très naturellement en défenseur des ouvriers, pourquoi ne pas la charger de conseiller les ouvriers et de les représenter en justice. Nommer un inspecteur du travail de plus, qui se spécialiserait dans ce rôle serait infiniment moins coûteux et beaucoup plus utile que la création d'un Conseil de Prud'hommes.

Les chiffres que nous avons donnés prouvent avec quelle conscience et quelle habileté l'Inspection du Travail de Tunis travaille à l'apaisement entre patrons et ouvriers. Son rôle de conciliateur a été rempli par elle avec tant de bonheur depuis plus de trente ans qu'il faut non seulement le reconnaître mais aussi en tirer des conséquences. Il y a lieu de laisser ce service à la charge de l'Inspection du Travail, et si cela absorbe trop de personnel, il ne faut pas hésiter à créer de nouveaux postes que l'utilité de la fonction justifie largement.

La possibilité de représenter les ouvriers en justice augmenterait encore l'autorité de cette Administration.

Bien entendu celle-ci ne serait pas obligée de prêter son concours, elle ne devrait le faire que pour les demandes sérieuses qui ont toutes chances d'être adjugées.

Si, comme on peut l'espérer, les Commissions Arbitrales sont abrogées et si les Conseils de Prud'hommes restent dans le domaine virtuel, ce sont les juges de paix qui recouvreraient leur compétence pour tous les conflits du travail. On a reproché à cette juridiction ses frais et sa lenteur.

En 1911, l'Administration avait envisagé la possibilité d'accorder d'office l'assistance judiciaire pour les demandes de salaires. Mais on a vu le résultat d'une telle mesure aux Commissions Arbitrales. On peut à la rigueur ne pas procéder à une enquête sur les ressources du demandeur, mais il faut, dans tous les cas, un examen au fond avant que l'Etat prenne les frais de l'instance à sa charge. Deux solutions pourraient être proposées. L'octroi de l'assistance judiciaire amène on le sait un retard d'un mois dans l'ouverture de l'instance. On pourrait y pallier en accordant provisoirement la gratuité pour engager l'instance avant la décision du bureau d'assistance judiciaire si la corporation ou le syndicat du demandeur se portait garant des frais en cas de refus d'assistance. D'autre part, pour les demandes de salaires inférieures à 500 francs par exemple, on pourrait accorder d'office l'assistance judiciaire si l'Inspection du Travail en acceptant de représenter l'ouvrier montrait qu'elle a reconnu le bien fondé de la demande.

Si on ne se trouve ni dans l'un ni dans l'autre cas, il semble que pour mettre un frein à l'esprit processif, il faille maintenir malgré le délai la procédure habituelle d'assistance judiciaire.

Le second reproche que l'on a fait aux justices de paix est leur lenteur.

Nous avons vu que par rapport aux Commissions Arbitrales et autant que l'on puisse prévoir aux éventuels Conseils de Prud'hommes, le reproche n'est pas fondé.

Mais attendre trois ou quatre mois pour avoir un jugement au fond, après expertise ou enquête, c'est certainement trop long. Il semble

que l'on pourrait tout d'abord gagner près d'un mois en autorisant la signification du jugement préparatoire sur minute et avant enregistrement. Pour les délais d'expertise les juges de paix pourraient les réduire en ordonnant dans leurs jugements aux experts de déposer leur rapport dans un délai d'un mois, à dater du jugement préparatoire, faute de quoi l'expert serait remplacé à une audience fixée. Il semble que par là on devrait ramener à deux mois environ le délai nécessaire pour avoir un jugement au fond.

En ce qui concerne le choix des experts, on pourrait évidemment avoir recours à des experts Prud'hommes patrons et ouvriers, pris dans la profession même des plaideurs, ce qui aurait l'avantage de n'occasionner aucun frais à l'Etat ni aux parties.

Notre ami tunisien, à qui nous suggérions ce système, nous répondit qu'à son avis il valait mieux un seul expert impartial que deux partisans, que chaque plaideur suspecterait, et qui par l'opposition même de leur milieu auraient l'air de se surveiller l'un l'autre comme les conseillers Prud'hommes. Et au point de vue tunisien, dans les métiers traditionnels il estimait que les amines sont parfaitement qualifiés pour tenir ce rôle.

Ce système prévu dans ses grandes lignes par l'Administration dès 1911 ne donnerait évidemment pas aux ouvriers la satisfaction sentimentale de prendre part à la juridiction qui tranche leurs conflits, mais elle leur donnerait le maximum de garanties et de facilités. Il supposerait l'abrogation des Commissions Arbitrales et de la loi sur les Conseils de Prud'hommes.

CONCLUSION

Lorsqu'on essaye de définir la nature de notre ancienne constitution, on s'aperçoit que la majorité parlementaire qui soutenait tout gouvernement était constituée par de fragiles alliances d'oligarchies. Un tel gouvernement doit en principe manquer de stabilité de continuité, de doctrine, d'autorité et d'impartialité.

Ces défauts étaient encore aggravés par le fait que nous vivions dans une société régie par le libéralisme économique qui pose en règle la liberté du travail, la liberté du commerce, la liberté de la propriété ou, selon le mot de Veuillot, « la liberté dont on jouit dans les bois », sous le règne du plus habile et du plus fort.

Comment s'étonner que, dans un monde livré à toutes les cupidités, les conflits sociaux aient pris une acuité effrayante ?

Nos législateurs impuissants de par la forme même de notre organisation politique, ne pouvant atteindre les causes profondes de la maladie sociale, ont cru devoir en soigner les manifestations extérieures par une multitude de lois, ils ont cru nécessaire en particulier d'instituer de nouvelles juridictions du travail qui utiliseraient davantage de juges populaires et règleraient d'autorité, à défaut de conciliation, tout conflit collectif du travail.

Emportés par leur élan, ils ont, en moins de trois ans, institué trois nouvelles juridictions en Tunisie.

Pour se faire une opinion sur leur valeur, il faut examiner d'abord sur quels principes elles sont fondées et à quels besoins elles prétendent répondre, puis les caractères particuliers du milieu social tunisien dans lequel on les a instituées.

*
* *

Que vaut le principe en vertu duquel on a retiré aux juges professionnels la connaissance des conflits du travail, pour les faire trancher par des juges populaires ?

Certains de ceux-ci, les surarbitres en particulier, pris parmi des juristes, des ingénieurs, de hauts fonctionnaires, sont certes d'une culture générale, d'une valeur morale, d'une indépendance comparables à celles des magistrats, ce n'est que le petit nombre. Leur mission est d'ailleurs trop accidentelle pour qu'on puisse parler à leur sujet d'une juridiction : la brièveté de leur fonction plus que leur mode de désignation les distingue des juges d'Etat, car beau-

coup d'entre eux sont choisis par le Gouvernement. Le juge ne mérite vraiment le qualificatif de laïc que s'il est élu ou choisi par les parties.

L'histoire déjà longue du jury criminel ne permet certes pas de porter un jugement favorable sur la valeur morale et intellectuelle du juge populaire: les plus honorables exceptions ne dissimulent point sa médiocrité, sa sentimentalité morbide, son manque de mesure, d'objectivité, d'esprit critique.

Ces défauts sont-ils rachetés par une exceptionnelle compétence juridique ou technique ? A quelques exceptions près, les juges laïcs ne sont jamais des juristes, il n'en ont ni les connaissances, ni la formation philosophique et surtout logique. En tant que techniciens, ils ont la prétention d'être des experts, mais ils ne le sont pas toujours dans la matière qu'ils ont à juger, et quand c'est par hasard le cas, leur bonne volonté ne leur permet point dans les questions complexes de sacrifier à une fonction passagère, qui leur paraît surtout honorifique, le temps nécessaire à une véritable expertise.

Mêlés à la lutte sociale, juges d'aujourd'hui, plaideurs de demain, choisis par les parties, élus d'une faction, en butte à toutes les influences de leur milieu et d'une presse souvent tendancieuse qui cherchent à « sensibiliser leur âme », ils ne peuvent être impartiaux.

Le seul mérite véritable des juges populaires réside dans leur indépendance par rapport aux pouvoirs publics, mais elle n'est réelle qu'autant que leur recrutement est très large, la durée de leur fonction très courte, leur désignation très voisine de l'audience. Les deux premières de ces exigences sont des causes supplémentaires de médiocrité.

Est-il sage de sacrifier à cette indépendance incertaine la rapidité de solution des procès, l'expérience, la valeur intellectuelle, juridique et morale et l'impartialité du juge professionnel d'Etat.

*
* *

Le second principe qui a guidé nos législateurs dans l'institution des nouvelles juridictions du travail était la nécessité de résoudre d'autorité les conflits collectifs du travail qu'on ne peut concilier. Il importe de bien voir ce que contiennent les notions de conflit collectif et d'arbitrage obligatoire.

Certains conflits collectifs ne sont que des actions syndicales, soit que le syndicat défende un intérêt moral de la profession, soit qu'il défende son intérêt personnel; les autres ne sont que l'exercice collectif d'un faisceau de droits individuels.

Les conflits collectifs ont pour objet la sanction d'un droit acquis ou la création d'un droit nouveau.

En droit privé, l'arbitre exerce un mandat d'une nature particulière, dont l'objet, la sentence arbitrale, est de même nature que la transaction. Lorsque l'arbitre est amiable compositeur, il n'est point législateur, il a, d'une part, le droit d'interpréter les conventions d'après les règles du droit naturel, autrement dit de la morale, en écartant les textes de droit positif, qui ne sont pas d'ordre public, d'autre part, son mandat est plus large, car il peut non seulement juger, mais aussi imposer aux parties des obligations nouvelles, tout comme elles pourraient en créer elles-mêmes par transaction ou par jugement d'expédient, bref l'arbitre est dans ce cas un mandataire unique des parties ayant pour mission de dresser une véritable transaction.

La différence entre le juge et l'arbitre tient essentiellement dans le fait que le premier a reçu le mandat de juger d'une autorité supérieure et étrangère aux parties, alors que le second ne doit sa mission qu'à leur libre volonté.

Les obligations n'ont que deux sources : la volonté des parties et la loi. Lorsqu'une obligation n'est pas née de la volonté des parties, de celle de leur représentants légaux, de leurs mandataires ou gérants d'affaires, elle ne peut provenir que du législateur ou de son délégué.

En droit social, les prétendus arbitres assument quatre fonctions distinctes dissimulées sous l'apparence d'une institution unique, ils sont, selon les cas des juges, de véritables arbitres, des mandataires chargés de transiger, des délégués du législateur.

Lorsqu'un conflit collectif porte sur un droit acquis, c'est un procès ordinaire de droit privé, il importe peu qu'il s'agisse d'une action syndicale ou de procès individuels réunis en une action unique. Le prétendu arbitre est soit un juge, soit un arbitre véritable, selon que sa désignation est ou n'est pas issue de la libre volonté des parties.

Quand c'est à la création de droits nouveaux que tend un conflit collectif, ces droits ne peuvent être créés que par un mandataire des parties ou par le législateur. L'arbitre est donc, dans ce cas, soit le mandataire des parties quand il est choisi par elles, soit un délégué du législateur quand c'est d'une autorité qui leur est étrangère qu'il a reçu la mission de créer ces obligations.

C'est une loi privée, chose nouvelle dans notre droit, qu'est alors la sentence arbitrale, loi à la fois supplétive et impérative que la commune volonté des parties peut abroger.

*
* *

Cette dernière fonction de l'arbitre obligatoire peut faire de lui un véritable dictateur, maître de transformer notre organisation sociale

et économique, qu'il pourrait acheminer étape par étape vers le collectivisme.

Il n'est pas de limite précise que l'on puisse assigner à ses pouvoirs, on ne peut que lui proposer une doctrine sociale : La propriété est de droit naturel, son usage est soumis à la loi, elle a une fonction sociale qui relève de la conscience individuelle et de l'esprit de charité, il est immoral que le droit de propriété permette non deulement d'user des choses, mais aussi d'en abuser. Lorsque le propriétaire est obligé de faire appel à des collaborateurs pour exploiter son bien, il passe des contrats pour l'usage de sa propriété, ces contrats doivent être soumis à la loi, car il est injuste de les abandonner au seul jeu des forces économiques au nom de la liberté de la propriété et de la liberté du travail.

Le développement spirituel de l'homme exige que son salaire ne soit jamais inférieur à un minimum vital, mais la justice exige, elle, quelque chose de plus : un juste salaire, c'est-à-dire un gain proportionné à la productivité de son travail dans l'association que devraient constituer le travail et le capital. Il est d'ailleurs juste que les revenus soient inégaux entre des hommes de valeur inégale, car ce n'est qu'en dignité spirituelle que les hommes sont égaux.

Il est presque impossible d'établir une paix durable à l'intérieur des entreprises, alors que les producteurs se livrent entre eux sous le couvert de la libre concurrence une véritable guerre civile.

Dans cette lutte déjà inégale, les petites et les moyennes entreprises seraient écrasées par la surcharge des améliorations sociales, et ces entreprises représentent des valeurs morales incomparablement plus grandes que les énormes usines créées par le machinisme et le crédit. Depuis près de deux siècles notre civilisation a été emportée par un immense appétit de lucre exaspéré par les énormes moyens de production que l'on a divinisés sous le nom de progrès. Il est temps, si l'on ne veut pas voir apparaître le monde nouveau d'Aldous Huxley, de se demander si la liberté de produire des richesses par tous les moyens, sans rien considérer en dehors de ce but, ne dégrade pas l'Homme.

Si l'on veut arrêter la crise sociale qui n'est qu'un des aspects de la décadence de notre civilisation spirituelle, il faudra sacrifier une large part de cette liberté.

Il semble que seul un régime corporatif, où le travail et le capital seront associés, permettra d'arrêter cette décadence et les luttes sociales.

*
* *

L'arbitrage obligatoire, cette « juxtaposition hétéroclite d'institutions », subsistera-t-il dans les nouvelles juridictions du travail an-

noncées par M. le Maréchal Pétain ? Il est permis de supposer que non.

Nous avons maintenant à esquisser une organisation logique de ces juridictions, d'après les principes que nous avons dégagés.

Ces tribunaux auront des fonctions de deux ordres : une fonction juridictionnelle, une fonction créatrice d'obligations ou fonction législative. Les fonctions d'arbitre et de mandataire relèvent du droit privé ordinaire, ce sont des fonctions passagères qui n'ont rien de commun avec la fonction permanente de juge auprès d'un tribunal judiciaire ou législatif.

Il est logique qu'à chaque fonction corresponde un organisme distinct, si l'on donne à un seul tribunal la mission de dire le droit et celle de le créer, on peut être certain que l'une de ces deux fonctions sera sacrifiée à l'autre.

L'Etat a tout intérêt à ne pas régler les conflits sociaux d'autorité, mais à concilier les parties. Il est logique de laisser à chaque corps de métier le soin de tenter une première conciliation, sans l'intervention de tiers qui peuvent envenimer le débat.

Si des représentants de l'Etat doivent intervenir, ils devront, pour proposer un accord équitable, posséder des connaissances juridiques, techniques et financières ou économiques. Ces médiateurs devront nécessairement être pris en dehors de la lutte sociale, donc parmi les fonctionnaires de l'Etat, ce seront des juristes, des ingénieurs et des économistes. L'inamovibilité sera nécessairement la garantie de leur autorité et de leur impartialité.

Pour proposer une solution acceptable, les conciliateurs doivent se livrer à une instruction complète aux points de vue juridique, technique et financier, ils doivent être des juges d'instruction civile. S'il existait un tribunal juridictionnel et un tribunal législatif, c'est aux médiateurs qu'il appartiendrait de renvoyer, en cas de non conciliation devant le tribunal compétent, une affaire qui serait en état de recevoir sans délai une solution au fond, puisque l'instruction en serait achevée.

Les conflits collectifs dits juridiques, portant sur des droits acquis, sont des actions syndicales ou des faisceaux d'actions individuelles exercées collectivement. Les unes et les autres sont normalement de la compétence des tribunaux civils, en tant que procès de droit commun: il n'y a aucune raison de créer pour elles une juridiction spéciale: il est seulement nécessaire que la procédure en soit simplifiée et accélérée.

Les conflits tendant à la création de droits nouveaux nécessitent, eux, la création d'un tribunal législatif. L'œuvre dévolue à ce tribunal du travail nécessite les mêmes ordres de compétence que l'instruction de l'affaire et la conciliation. Aussi, si l'on prenait pour base

du nouveau tribunal une chambre de Cour d'Appel, comme dans la législation italienne, il nous paraîtrait logique de lui adjoindre, à la différence de cette législation, des juges d'une compétence particulière, ingénieurs et économistes, choisis dans un but d'impartialité parmi les hauts fonctionnaires de l'Etat: leur indépendance étant assurée par l'inamovibilité.

*
* *

Il nous reste à examiner, en tenant compte du milieu social très particulier de la Tunisie, la valeur des juridictions du travail qu'on a instituées en ce pays, sur le modèle des juridictions françaises et d'après les mêmes principes, de 1936 à 1939, et les améliorations qu'on pourrait apporter à cette organisation.

De 1937 à 1939, *trois cent quarante six* conflits collectifs du travail ont éclaté en Tunisie, 232 ont fait l'objet d'une sentence arbitrale. La procédure d'arbitrage obligatoire a été suspendue par décret beylical le 20 novembre 1939. On peut espérer qu'un tribunal du travail sera institué en Tunisie lorsque cette nouvelle juridiction sera créée en France.

Pressé par les évènements, sans attendre le vote de la loi instituant en Tunisie des Conseils de Prud'hommes, le Gouvernement du Protectorat a institué des Commissions Arbitrales du Travail par un décret beylical en date du 17 décembre 1936.

Cette nouvelle juridiction qui empiète sur la compétence des tribunaux français de droit commun n'est-elle pas illégale ? Le Résident Général de France en Tunisie exerce en fait un véritable pouvoir législatif. Il semble que ce soit là plus qu'un pouvoir réglementaire, nous sommes tentés d'y voir un pouvoir proconsulaire, en vertu duquel il crée en Tunisie une législation secondaire à côté de celle du législateur métropolitain. Ce pouvoir nous paraît même comporter la possibilité d'aller à l'encontre des lois métropolitaines en vigueur en Tunisie, quand un intérêt momentané et urgent d'ordre public l'exige : comme ce n'était pas le cas dans l'espèce, il nous semble que les commissions arbitrales du travail ont été illégalement instituées. Toutefois, c'est à juste titre que le Tribunal Civil de Tunis a décidé qu'il n'était pas compétent pour statuer sur cette illégalité.

Il résulte des statistiques que les deux tiers environ des affaires engagées devant ces Commissions ont été abandonnées. La gratuité et l'absence de tout frein de procédure ont conduit à l'encombrement de ces juridictions par plusieurs milliers d'affaires insoutenables engagées abusivement.

Par ailleurs, ces juridictions réglaient les affaires dans un délai de 6 à 18 mois après le commencement de l'instance. donc beaucoup plus lentement que ne l'auraient fait les juges de paix.

Les Commissions n'ont pu fonctionner que grâce à l'utilisation abusive de très nombreux fonctionnaires comme arbitres ouvriers.

Il est donc permis de conclure que ces juridictions illégales n'ont donné que de très mauvais résultats.

Tous les défauts que nous venons de reconnaître aux Commissions Arbitrales du Travail se retrouveront aggravés dans les futurs Conseils de Prud'hommes.

Le nombre d'affaires qui leur sera soumis dans la seule ville de Tunis sera certainement supérieur à cinq mille par an.

La procédure sera encore alourdie par la présence d'assesseurs indigènes. Les débats extrêmement longs devant les Commissions Arbitrales seront encore prolongés par la nécessité de tout traduire à ces assesseurs. Etant donné le rôle très chargé du futur conseil, de combien de mois seront allongées les procédures déjà si peu expéditives devant les Commissions Arbitrales ?

N'est-il pas d'ailleurs contraire à l'ordre public français et international qu'en pays hors chrétienté des indigènes deviennent juges de citoyens français et d'étrangers ? C'est ce qu'affirmait en 1924 M. le Procureur de la République de Tunis, et c'est ce que nous croyons.

L'opinion du milieu tunisien lui-même nous est apparue comme très défavorable et même opposée à cette nouvelle juridiction, dont l'impartialité lui paraît éminemment suspecte.

Le monde ouvrier et le prestige de la justice française nous semblent avoir tout à perdre et rien à gagner à l'institution en Tunisie des Conseils de Prud'hommes.

Il faut espérer que les Commissions Arbitrales seront supprimées et que les Conseils de Prud'hommes ne seront pas institués.

*
* *

Quelles mesures pourrait-on donc prendre pour assurer aux ouvriers une justice prompte et peu coûteuse dans les conflits qu'ils peuvent avoir avec leurs employeurs ?

Les ouvriers ont surtout besoin d'avoir gratuitement des conseillers et, lorsque leur cause est juste, des représentants en justice.

Les statistiques prouvent que le Service de l'Inspection du Travail a depuis trente ans assuré la conciliation des conflits du travail avec une conscience et une habileté dignes de tous éloges. Il y a donc lieu de lui laisser ce rôle. Mais il semble qu'on pourrait le charger, en outre, de cette fonction de conseil et de représentation en justice. Les quelques fonctionnaires supplémentaires que cela nécessiterait

seraient infiniment moins coûteux qu'une nouvelle juridiction telle que les Conseils de Prud'hommes.

On a pu voir l'inconvénient de la gratuité sans contrôle dans la procédure des Commissions Arbitrales: d'autre part, la procédure d'assistance judiciaire entraîne un bien long délai pour des demandes qui ont souvent un caractère alimentaire. Il serait peut-être possible d'accorder d'office l'assistance judiciaire à toute partie demandant en justice des salaires ou une indemnité de congédiement abusif, lorsque l'intérêt en jeu ne serait pas très élevé, sous la seule condition que l'Inspection du Travail ait reconnu le bien fondé de la demande en acceptant de la soutenir en justice. Cette administration dans la crainte d'être déboutée apporterait certainement toute la prudence nécessaire à cette fonction.

Afin d'accélérer la procédure, il serait également possible d'autoriser, au moins pour les jugements préparatoires, l'exécution sur minute et avant enregistrement.

Enfin, la nomination d'experts prud'hommes soigneusement choisis assurerait aux juges de paix des avis techniques éclairés et impartiaux sans retard ni frais.

***

Il nous semble donc qu'en Tunisie comme en France, les juridictions du travail doivent être entièrement réorganisées.

Mais cette œuvre ne peut être qu'une partie du programme de réorganisation sociale que le malheur peut-être bienfaisant nous oblige à entreprendre pour sortir de ce que le comte de Mun appelait le siècle de l'usure.

« Pour sauver ou racheter de la perdition une nation, rien de moins n'est nécessaire que quelque grande, quelque extraordinaire conjoncture de mauvaise fortune qui puisse la purifier comme par le feu ».

Car les nations, à la différence des individus, peuvent se régénérer et retrouver leur force et leur jeunesse.

TABLE DES MATIÈRES

Pages

Introduction 3

Le Tribunal de l'Orf 5

PREMIÈRE PARTIE

CHAPITRE I. — *Historique :*

§ 1. — 1897-1922 7

§ 2. — Projet de 1922 14

§ 3. — Projet de 1930 21

§ 4. — Projet de 1932 23

§ 5. — Projet de 1936. Loi de 1939 24

CHAPITRE I. — *Les Commissions Arbitrales du Travail :*

Décrets des 17 décembre 1936, 4 février, 29 avril et 28 juin 1937 (textes) 26

CHAPITRE III. — *L'arbitrage obligatoire :*

Décrets des 4 mars, 6 août, 26 novembre, 16 décembre 1937 (textes) 36

CHAPITRE IV. — *Les Conseils de Prud'hommes :*

Loi du 19 avril 1939 46

Décret du 15 février 1940 (textes) .....

DEUXIÈME PARTIE

CHAPITRE I. — *De la nature de l'arbitrage obligatoire dans l'esprit de nos législateurs et d'après la doctrine :*

§ 1. — Conception du législateur sur la nature de l'arbitrage obligatoire 52

§ 2. — Conceptions de la doctrine 59

CHAPITRE II. — *Essai d'analyse :*

§ 1. — Qu'est-ce qu'un conflit collectif 67

§ 2. — Distinction entre les conflits collectifs et les conflits individuels du travail 68

§ 3. — De la nature des conflits collectifs, ou des divers types de conflits collectifs 77

Pages

§ 4. — A qui appartient l'exercice des actions collectives..... 75

§ 5. — De la nature de l'arbitrage du droit privé. L'amiable composition..... 76

§ 6. — Des fonctions qu'assume l'arbitre en droit social..... 85

1° Conflit sur droits acquis..... 86

2° Des conflits qui constituent des demandes de droits nouveaux..... 87

a) L'arbitre en tant que mandataire..... 88

b) L'arbitre en tant que délégué du législateur..... 91

§ 7. — Conclusions..... 92

CHAPITRE III. — *De la limite du pouvoir arbitral*..... 94

CHAPITRE IV. — *Du juge populaire :*

§ 1. — De la valeur morale du juge populaire... 107

§ 2. — De la valeur intellectuelle et technique du juge laïc..... 110

1° De la compétence juridique.....

2° De la compétence technique.....

3° Influence du mode de désignation sur la valeur des juges populaires

§ 3. — De l'impartialité et de l'indépendance du juge populaire..... 115

1° De l'impartialité.....

2° De l'indépendance.....

CHAPITRE V. — *Conséquences ou esquisse d'une organisation logique des juridictions du travail :* 121

§ 1. — De la conciliation..... 123

§ 2. — La juridiction de droit commun des conflits du travail..... 128

§ 3. — La juridiction législative..... 128

§ 4. — Des sanctions..... 129

§ 5. — Du ministère public et de la relativité de la chose jugée..... 130

§ 6. — Conclusions..... 131

CHAPITRE VI. — *Critique de l'organisation des juridictions du travail en Tunisie :*

§ 1. — L'arbitrage obligatoire..... 133

Pages

§ 2. — Les commissions arbitrales du travail...
1° De leur légalité..... 134
2° De l'encombrement du rôle par des affaires insoutenables..... 137
3° De la célérité de la nouvelle juridiction..... 138

§ 3. — Les Conseils de Prud'hommes.....
1° Généralité..... 140
2° Est-il admissible que des Français soient jugés par des Indigènes.. 142
3° Quelle est l'opinion du milieu tunisien sur la nouvelle juridiction.. 143

§ 4. — Des mesures que l'on peut prendre en faveur des ouvriers en matière de conflits du travail..... 146

Conclusion..... 149

Table des matières..... 157

IMP. J. ALOCCIO - TUNIS